

DIE AUSÜBUNG DES STIMMRECHTS
DURCH EINEN BEVOLLMÄCHTIGTEN IN
DER OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT

Dissertation
vorgelegt der Rechts- und
Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz
zur Erlangung des Grades eines Doktors
der Rechtswissenschaft (Dr. jur.)

von

HANS-JOACHIM KURTH

Richter am Landgericht Koblenz

Mainz 1973

1972

DIE AUSÜBUNG DES STIMMRECHTS
DURCH EINEN BEVOLLMÄCHTIGTEN IN
DER OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT

Dissertation
vorgelegt der Rechts- und
Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz
zur Erlangung des Grades eines Doktors
der Rechtswissenschaft (Dr. jur.)

von

HANS-JOACHIM KURTH

Richter am Landgericht Koblenz

Mainz 1973



Berichterstatter: Professor Dr. Hadding

Mitberichterstatter: Professor Dr. Kraft

Tag der mündlichen Prüfung: 19. Dezember 1972

Herstellung: R. Schwarzbald, 5305 Witterschlick b. Bonn

Inhaltsverzeichnis

Seite

A	Einleitung	1
I.	Abgrenzung des Problems	1
II.	Beispielsfälle	4
B	Weitere Entwicklung des Problems	10
I.	Andere Fälle des Eindringens Dritter in die Gesellschaftssphäre	10
1.	Eine Änderung im Mitgliederbestand ist nur bei Mitwirkung aller Gesellschafter möglich	10
2.	Eine Übertragung des Stimmrechts ist unzulässig	11
a)	Das Stimmrecht ist mit der Mitgliedschaft unlösbar verbunden	12
b)	Einer Bevollmächtigung zur Stimmrechtsausübung steht diese Verbundenheit nicht entgegen	13
II.	Die Auswirkungen der Stimmrechtsausübung durch einen Bevollmächtigten auf das Verhältnis der Gesellschafter untereinander	14
1.	Zwischen den Gesellschaftern besteht regelmäßig ein besonderes Vertrauensverhältnis	14
2.	Die Mitwirkung eines Bevollmächtigten kann sich auf das Vertrauensverhältnis nachteilig auswirken	15
3.	Auch Funktion und Wirkungsweise der Stimmrechtsausübung werden beeinflusst	16
a)	Die Stimmrechtsausübung ist an den Gesellschaftszweck gebunden	16
b)	Der Einfluß der Stimmrechtsausübung auf die Gesellschafterhaftung	18
c)	Die Auswirkungen der Mitwirkung eines Bevollmächtigten	20
III.	Vergleich mit dem Grundtatbestand der Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB)	23

IV. Es liegt eine "verdeckte" Gesetzeslücke vor	24
C Rechtsprechung und Lehre zur Ausübung des Stimmrechts durch Bevollmächtigte	27
I. Rechtsprechung	27
II. Lehre	34
1. Nach überwiegender Ansicht ist die Stimmrechtsausübung durch Bevollmächtigte grundsätzlich unzulässig	34
2. Die abweichenden Auffassungen von R. Heinsheimer und L. Zander	39
D Voraussetzungen der Stimmrechtsausübung durch Bevollmächtigte	45
I. Ist eine entsprechende Anwendung ähnlicher Vorschriften möglich?	45
1. §§ 134 Abs.3 AktG, 47 Abs.3 GmbHG	45
2. §§ 43 Abs.4 GenG, 38 Satz 2 BGB	46
3. Ergebnis	50
II. Allgemeine Schranken der Befugnis, Bevoll- mächtigte mit der Ausübung des Stimmrechts zu beauftragen	51
1. Das Schikaneverbot	51
2. Sittenwidrige Rechtsgeschäfte	53
3. Der Grundsatz der Beachtung von Treu und Glauben	55
III. Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht und Bevollmächtigung Dritter zur Stimmrechts- ausübung	57
1. Eine Bevollmächtigung ohne besonderen Grund verstößt gegen die gesellschafts- rechtliche Treuepflicht	57
2. Liegen besondere Umstände vor, so kann eine Bevollmächtigung zulässig sein	59

- III -

3. Typische Einzelfälle	63
a) Geschäftliche Unerfahrenheit	63
b) Krankheit und Gebrechlichkeit	68
c) Abwesenheit	72
4. Ergebnis	75
E Eigene Regelungen der Gesellschafter	77
I. Zulässigkeit der Bevollmächtigung bei Einverständnis der Gesellschafter	77
II. Ausschluß der Bevollmächtigung durch die Gesellschafter	79
1. Die Gesellschafter können die Zulässigkeit der Bevollmächtigung zur Stimmrechtsausübung ausschließen	79
2. Wird dennoch ein Dritter bevollmächtigt, so ist dessen Stimmrechtsausübung unwirksam	82
3. Die Mitwirkung des Bevollmächtigten muß jedoch zurückgewiesen werden	85
III. Ergebnis	88
F Die befugte Stimmrechtsausübung durch einen Dritten	89
I. Formlosigkeit der Vollmacht, aber Anwendung des § 174 BGB	89
II. Konkurrierende Erklärungen des Bevollmächtigten und des vertretenen Gesellschafters	93
III. Der Inhalt des Stimmrechts bestimmt den Umfang der Ausübungsbefugnis des Bevollmächtigten	96
IV. Die Stimmabgabe eines Vertreters ohne Vertretungsmacht	98
G Die unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht	102
I. Zur allgemeinen Regelung der unwiderruflichen Vollmacht	102

II.	Zur Interessenlage bei der unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht	105
1.	Beispielsfälle	105
2.	Der unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht liegt jeweils eine besondere Interessenlage zugrunde	107
III.	Rechtsprechung und Lehre zur unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht	108
1.	Rechtsprechung	108
2.	Lehre	111
a)	Huber	111
b)	H.P. Westermann	113
c)	A. Hueck	114
d)	Wiedemann	115
IV.	Zur Zulässigkeit der unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht	118
1.	Eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht ist bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zulässig	118
2.	Bei Zustimmung der Gesellschafter bestehen gegen ihre Zulässigkeit ebenfalls keine Bedenken	122
3.	Eine gleichzeitige auch nur obligatorische Verpflichtung des vertretenen Gesellschafters zur Stimmrechtsenthaltung ist grundsätzlich unwirksam	122
H	Zusammenfassung	124
	Literaturverzeichnis	127

A Einleitung

I. Abgrenzung des Problems

Die Ausübung des Stimmrechts eines Gesellschafters durch einen Bevollmächtigten in der offenen Handelsgesellschaft ist ein Einzelproblem aus dem Komplex von Fragen, denen einheitlich folgender Tatbestand zugrunde liegt: Ein Nichtgesellschafter will in der Gesellschaft eine Rechtshandlung vornehmen, die grundsätzlich zur Zuständigkeit eines Gesellschafters gehört. Der Dritte steht zu dem betroffenen Gesellschafter in einem besonderen Rechtsverhältnis, das ihn gegenüber der Gesellschaft und der Außenwelt zum Handeln legitimieren soll. Der Gesellschafter-Erblasser beauftragt beispielsweise mit der postmortalen Verwaltung seiner Mitgliedschaft einen Testamentsvollstrecker. Nach dem Eintritt des Erbfalls will der Testamentsvollstrecker Gesellschafterrechte ausüben, die den Gesellschafter-Erben zustehen. Oder ein Minderjähriger wird Gesellschafter einer oHG, und sein gesetzlicher Vertreter will die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden Rechte wahrnehmen. Häufig will sich auch ein Gesellschafter wegen Abwesenheit, Krankheit oder anderer Gründe bei Ausübung der gesellschaftlichen Rechte durch eine Person seines Vertrauens, die er bevollmächtigt, vertreten lassen.

Allen Beispielen ist das Auseinanderfallen von Mitgliedstellung und Rechtsausübung gemeinsam. Die Problematik ist jedoch je nach der Stellung des Dritten verschieden. Die Frage nach dem Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers an der Mitgliedschaft des Gesellschafter-Erben ist durch die unterschiedlichen Regelungen des Gesellschaftsrechts und des Erbrechts gekennzeichnet. Demgegenüber steht bei der Mitgliedschaft eines in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Gesellschafters die

Erwägung im Vordergrund, daß der Minderjährige auf eine Ausübung seiner Gesellschafterrechte durch einen gesetzlichen Vertreter angewiesen ist, wenn man ihn nicht von der Beteiligung an einer Personalgesellschaft überhaupt ausschließen will. Wieder anders sind die Fälle gelagert, in denen der Gesellschafter seine Rechte durch einen Bevollmächtigten wahrnehmen läßt. Die Probleme ergeben sich hier aus der besonderen Struktur des Gesellschaftsverhältnisses und dem Widerstreit der Interessen der Gesellschaftergesamtheit und des einzelnen Gesellschafters.

Die Frage nach der Ausübung von Gesellschafterrechten durch einen Testamentsvollstrecker ist häufig behandelt worden.¹⁾ Die Ausübung von Gesellschafterrechten durch gesetzliche Vertreter wird mit Recht allgemein anerkannt.²⁾ Die Hinzuziehung von Bevollmächtigten bei der Ausübung von Gesellschafterrechten - insbesondere des Stimmrechts - ist dagegen bisher verhältnismäßig wenig und - wie sich zeigen wird - mit unbefriedigenden Ergebnissen erörtert worden. Die hiermit zusammenhängenden Fragen bilden den Gegenstand dieser Arbeit.³⁾

-
- 1) Vgl. Wolfgang Siebert, Zur Gestaltung der Testamentsvollstreckung bei der Vererbung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters, Festschrift für A. Hueck, München und Berlin 1959, S. 321 ff.; Reinhard Richardi, Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft, Berlin und Frankfurt 1961.
 - 2) Für das Stimmrecht vgl. RGZ 123,299; BGH MDR 1954, 33; auch BGHZ 44,98 = NJW 1965,1961; Baumbach-Duden § 119 Anm.3 C; Fischer in HGB-RGRK § 114 Anm.6; Flechtheim in Dür.-Hach.II/2 § 114 Anm.3, § 126 Anm.12; Hueck, oHG-Recht, S.166; Schlegelberger-Geßler § 114 Anm.4; Staud.-Keßler § 709 Anm.18; Westermann, Handbuch, Rz. 272; Wiedemann S.243 Nr. 1, 350 Nr. 1; Wieland I S. 572 Nr. 47.
 - 3) Der Fall, daß nicht ein einzelner Gesellschafter, sondern die Gesellschaft selbst Dritte mit der Ausübung von Gesellschafterfunktionen betraut, bleibt außer Betracht.

Einigkeit besteht darüber, daß es im Hinblick auf die Besonderheiten des Gesellschaftsverhältnisses nicht unbedenklich ist, einem Dritten die Ausübung des Stimmrechts zu überlassen. Daraus folgert aber niemand, daß die Stimmrechtsausübung durch einen Bevollmächtigten überhaupt ausgeschlossen sei. Einen solchen Schluß hält man mit den Erfordernissen der Praxis für unvereinbar. Auch insoweit herrscht daher Einmütigkeit. Umstritten sind jedoch die Voraussetzungen, unter denen es einem Gesellschafter gestattet sein soll, das Stimmrecht durch einen bevollmächtigten Dritten ausüben zu lassen. Es fragt sich, welches diese Voraussetzungen sind, in welchen Fällen also die Stimmrechtsausübung durch einen Nichtgesellschafter zulässig ist und in welchen nicht.

Der Gesetzgeber hat diese Frage für die oHG nicht ausdrücklich geregelt. Auch das Recht der BGB-Gesellschaft (§§ 705 ff.BGB), das nach § 105 Abs. 2 HGB hilfsweise anzuwenden ist, enthält keine einschlägige Bestimmung. Die Vorschrift des § 717 BGB ist nicht anwendbar, da sie den Fall der Rechtsübertragung, d.h. den Wechsel der Rechtsinhaberschaft hinsichtlich einzelner Gesellschafterrechte, nicht aber den hier interessierenden Fall der Bevollmächtigung zur Ausübung betrifft.

Fehlt somit eine spezielle gesetzliche Regelung, so sind die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts heranzuziehen. Hiernach ist jedermann befugt, eine Willenserklärung durch einen von ihm ausgewählten und bestellten Bevollmächtigten abzugeben. Dieser Grundsatz wird zwar vom Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen; in den §§ 164 und 166 Abs.2 BGB wird er jedoch als selbstverständlich vorausgesetzt. Aus Art.2 EGHGB ergibt sich, daß er auch für das Gesellschaftsrecht gilt.¹⁾ Es wäre allerdings voreilig, hieraus schließen zu wollen, auch das gesellschaftliche

1) Vgl. auch BAG NJW 1959,694; R. Heinsheimer S.104 ff.

Stimmrecht könne in jedem Falle durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden. Möglicherweise folgt aus der rechtlichen Struktur der Personalgesellschaft, daß in ihrem Bereich der Grundsatz der Zulässigkeit einer Bevollmächtigung bei Willenserklärungen überhaupt nicht oder nur in begrenztem Rahmen Geltung beanspruchen kann. Jedenfalls ist zu prüfen, ob der Charakter des Verhältnisses der Gesellschafter untereinander einer unbeschränkten Anwendung der §§ 164 ff.BGB entgegensteht. Es wird ferner zu bedenken sein, ob die Wahrnehmung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten überhaupt mit Funktion und Wirkung der Ausübung gerade dieses gesellschaftlichen Mitverwaltungsrechts vereinbar ist.¹⁾ Demgegenüber darf nicht verkannt werden, daß der erwähnte Grundsatz wenigstens seiner gesetzlichen Formulierung nach auch die Ausübung des gesellschaftlichen Stimmrechts umfaßt. Es wird außerdem zu berücksichtigen sein, daß ein Gesellschafter durchaus ein begründetes Interesse daran haben kann, die Ausübung seines Stimmrechts einem Dritten zu überlassen.

II. Beispielsfälle

Einige typische Beispielsfälle sollen die Problematik der Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten verdeutlichen:

1. Die oHG A & Co. besteht aus den drei Gesellschaftern A, B und C. Für eine Erweiterung der Fabrikationsanlagen soll ein hoher Kredit aufgenommen werden. Da es sich hierbei um ein für die Gesellschaft ungewöhnliches Geschäft handelt, ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich (§ 116 Abs.2 HGB). Auf der zur Beschlußfassung über diese Angelegenheit angesetzten Gesellschafterversammlung will A nicht selbst erscheinen. Er ist zwar durch keinen besonderen Grund verhindert, möchte aber dennoch

1) Vgl. hierzu auch Teichmann S.225 f.

einen Dritten für sich auftreten lassen, dem er eine umfassende Stimmrechtsvollmacht erteilen will. Ist er hierzu berechtigt?

Für die Beurteilung des Falles kann es zunächst von Bedeutung sein, ob die Mitgesellschafter B und C der Ausübung des Stimmrechts durch einen Vertreter zustimmen oder nicht. Erklären sie sich mit der Bevollmächtigung eines Dritten einverstanden, so steht einer Stimmrechtsausübung durch ihn prima facie nichts im Wege: *volenti non fit iniuria*. Fraglich bleibt allerdings, ob sich aus der Struktur der oHG als einer Personalgesellschaft ergibt, daß selbst bei Zustimmung der Mitgesellschafter die Ausübung des Stimmrechts nicht auf einen Außenstehenden übertragen werden kann. Die den Gesellschaftern vom Gesetz eingeräumte Freiheit, ihr Verhältnis untereinander weitgehend nach eigenen Vorstellungen zu gestalten (§ 109 HGB), spricht jedoch dafür, eine im Einverständnis der Mitgesellschafter erteilte Bevollmächtigung zuzulassen.

Die gleichen Überlegungen werden anzustellen sein, wenn die Gesellschafter die Stimmrechtsausübung durch einen Dritten nicht erst mit einem Beschluß im Einzelfall zulassen, sondern bereits im Gesellschaftsvertrag eine derartige Regelung treffen.

Umgekehrt können die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluß die Hinzuziehung eines Dritten bei der Ausübung des Stimmrechts auch verbieten. Hieran wäre A gebunden. Freilich können bei Eintritt nicht vorhergesehener Ereignisse auch Situationen entstehen, in denen ein allgemeines Verbot der Stimmrechtsausübung durch einen Bevollmächtigten zu unbilligen Ergebnissen führt. Es fragt sich deshalb, ob ein solcher Ausschluß in allen Fällen wirksam ist.

Eine wesentlich andere Sachlage ergibt sich, wenn weder im Gesellschaftsvertrag noch durch Beschluß im Einzelfall eine ent-

sprechende Regelung vorhanden ist.¹⁾ A wird sich darauf berufen, daß es jedem Rechtsgenossen freistehe, sich durch Bevollmächtigte vertreten zu lassen, und daß ihm diese Befugnis auch durch seine Stellung als Gesellschafter einer oHG nicht genommen sei. Dem steht aber folgender Gedanke gegenüber: Eine Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten bedeutet, daß eine grundsätzlich dem Gesellschafter A obliegende Willensentschließung durch einen gesellschaftsfremden Dritten ersetzt wird, der - im Gegensatz zu dem von ihm vertretenen A - in keinen rechtlichen Bindungen zu der Gesellschaft steht. Es ist deshalb mit dem Einwand der Gesellschafter B und C zu rechnen, sie hätten zu dem Bevollmächtigten kein Vertrauen und wollten eine Stimmrechtsausübung durch ihn nicht anerkennen. Möglicherweise richten sich ihre Bedenken auch nur gegen die von A zum Bevollmächtigten bestellte Person. Oder sie sind der Auffassung, daß A gerade bei der Abstimmung über diesen Gegenstand selbst - und nicht durch einen Vertreter - mitwirken sollte.

2. Ein weiteres Beispiel: Der Gesellschafter A der oHG A & Co. ist durch eine dringende und unaufschiebbare Reise verhindert, an der Gesellschafterversammlung teilzunehmen. Wieder möchte er einen Dritten mit der Ausübung seines Stimmrechts beauftragen. Die Mitgesellschafter B und C äußern auch unter diesen Umständen gegen die Bevollmächtigung des Dritten Bedenken. Im Unterschied zum ersten Fall kann A jedoch für sein beabsichtigtes Fernbleiben einen triftigen Grund anführen: Seine Abwesenheit ist durch eine wichtige Reise bedingt. A verzichtet also nicht mehr oder weniger freiwillig auf die eigene Ausübung eines seiner wichtigsten Gesellschafterrechte, sondern folgt einer - möglicherweise sogar im Interesse der Gesellschaft liegenden - Notwendigkeit.

1) Von dieser Fallgestaltung wird auch in den folgenden Beispielen ausgegangen.

Wenn er einen Dritten mit der Ausübung des Stimmrechts beauftragt, so will er dadurch auch während seiner Abwesenheit auf die Geschicke der Gesellschaft Einfluß nehmen. Es fragt sich, ob die Situation eine vom ersten Fall abweichende Beurteilung verlangt. Die Hinzuziehung eines Dritten erscheint hier jedenfalls eher gerechtfertigt.

3. Noch dringender wird das Bedürfnis nach der Zulässigkeit einer Bevollmächtigung im folgenden Fall: Der Gesellschafter A hat ein hohes Alter erreicht. Er ist krank und kann seine eigenen Angelegenheiten nicht mehr selbst so sachgerecht verwalten, wie er es wünscht. Zu den Beschlußfassungen möchte er deshalb einen Vertreter schicken, der für ihn das Stimmrecht ausüben soll. Bei dieser Fallgestaltung ist zu berücksichtigen, daß A für dauernd auf eine Vertretung angewiesen ist, ohne daß schon die Voraussetzungen für eine Gebrechlichkeitspflegschaft (§ 1910 BGB) vorliegen. Wird dem A die Möglichkeit der Rechtsausübung durch einen Bevollmächtigten verwehrt, so ist er praktisch von der Einflußnahme in der Gesellschaft ausgeschlossen. Die Mitgesellschafter haben zwar in einem solchen Fall eventuell die Möglichkeit, gemäß § 140 HGB die gerichtliche Ausschließung dieses Gesellschafters aus der Gesellschaft zu beantragen. Es ist jedoch zu bedenken, daß dies nicht immer den Interessen der Gesellschaft entsprechen wird. Einem solchen Vorgehen könnte auch eine sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebende Pflicht zur Rücksichtnahme auf den behinderten Gesellschafter entgegenstehen.

4. Ähnlich liegt auch folgender Fall: Nach dem Tode des Gesellschafters A ist seine Witwe Gesellschafterin geworden.¹⁾ Sie ist in geschäftlichen Angelegenheiten unerfahren und unbeholfen. Die Mitgesellschafter dagegen sind gewiegte Kaufleute, vielleicht auch

1) Zu diesem Fall vgl. Heins, NJW 1948, 253

mensächlich nicht sehr rücksichtsvoll. Hilflos sitzt die Witwe in der Versammlung. Sie hat keine Vorstellung von dem, was vorgetragen wird, und soll zum Schluß abstimmen. Im Gegensatz zu den beiden vorigen Fällen kann die Witwe an der Gesellschafterversammlung teilnehmen. Doch was nutzt ihr ein Recht, das sie nicht in der rechten Weise handhaben kann, von dem sie nicht weiß, wie sie es sachlich richtig ausüben soll? Die Bestellung eines zuverlässigen Bevollmächtigten dürfte hier der einzige Ausweg sein.

Die Beispiele machen deutlich, welche verschiedenen Fallsituationen in Betracht kommen. Jeder Fall ließe sich noch vielfach variieren. Ist es beispielsweise von Bedeutung, wenn der Gesellschaftsvertrag zwar nicht die Frage der Stimmrechtsausübung durch einen Bevollmächtigten regelt, aber die freie Übertragbarkeit der Beteiligung auf Dritte vorsieht? Welchen Einfluß üben die unterschiedlichen Abstimmungsgegenstände auf die Fallbehandlung aus? Spielt es eine Rolle, ob lediglich über die Aufnahme eines Kredites oder ob über eine Angelegenheit abgestimmt werden soll, die die Grundlagen der Gesellschaft betrifft, etwa über die Aufnahme eines neuen Gesellschafters? Welche Folgen hat es, wenn der verhinderte Gesellschafter nicht einen gesellschaftsfremden Dritten, sondern einen Mitgesellschafter mit der Ausübung seines Stimmrechts beauftragen will? Macht es einen Unterschied, ob die Stimmrechtsvollmacht widerruflich oder unwiderruflich erteilt worden ist? Ist es dabei von Bedeutung, wenn sich der Vertretene gleichzeitig verpflichtet, sein Stimmrecht selbst nicht auszuüben?

Diese Fragen und die zuvor gegebenen Beispielsfälle lassen erkennen, welche Bedeutung der Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten sowohl für den vertretenen Gesellschafter als auch für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander zukommt. Dem Wunsche eines Gesellschafters nach Hinzuziehung eines Dritten wird regelmäßig der Wille der Mitgesellschafter entgegen-

stehen, den Gesellschaftsfremden von der Teilnahme an der Gesellschafterversammlung fernzuhalten. Ein Streit zwischen den Gesellschaftern über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Stimmrechtsausübung durch einen Dritten könnte den Gesellschaftsfrieden empfindlich beeinträchtigen. Dessen fortdauernde Stabilität ist jedoch für eine oHG lebensnotwendig. Eine rechtlich zuverlässig begründete und praktikable Regel ist deshalb erforderlich. Die Vielzahl der Fallmöglichkeiten nötigt dazu, die allgemeinen Gesichtspunkte herauszustellen, die für eine Lösung des Einzelfalles den rechtlichen Ausgangspunkt bilden können.

B Weitere Entwicklung des Problems

Wenn nach den Voraussetzungen gefragt wird, unter denen die Ausübung des gesellschaftlichen Stimmrechts durch einen bevollmächtigten Dritten zulässig sein soll, so ist zunächst erforderlich, den Tatbestand einer derartigen Rechtsausübung näher aufzuklären. Es ist insbesondere zu prüfen, welche Bedeutung der Persönlichkeit des einzelnen Gesellschafters im Gefüge der Gesellschaft zukommt. Um hier einen Überblick zu gewinnen, werden wir uns nicht auf den Fall der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten beschränken können. In dem Eintritt eines neuen Gesellschafters oder der Übertragung von Gesellschafterrechten auf einen Außenstehenden sind weitere Beispiele des Eindringens Dritter in die Gesellschaftssphäre gegeben. Die gesetzliche Regelung dieser Fälle gibt möglicherweise auch dafür Hinweise, wie das Auftreten eines Bevollmächtigten zu behandeln ist. Es wird ferner näher zu untersuchen sein, welche Wirkungen es auf das Verhältnis der Gesellschafter untereinander hat, daß nicht der Rechtsinhaber selbst, sondern ein Gesellschaftsfremder das Stimmrecht ausüben soll. Wegen der Besonderheiten, die sich bei der Ausübung des gesellschaftlichen Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten ergeben, wird schließlich ein Vergleich mit dem im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Grundtatbestand der Stellvertretung (§§ 164 ff.) erforderlich sein.

I. Andere Fälle des Eindringens Dritter in die Gesellschaftssphäre

1. Die rechtliche Ausgestaltung der oHG räumt der Person des einzelnen Gesellschafters, soweit es um dessen Mitgliedschaft geht, eine besondere Bedeutung ein. Nach dem Gesetz ist jeder Gesellschafter für den Fortbestand der Gesellschaft grundsätzlich unentbehrlich (vgl. § 131 Z.4 und 6, aber auch §§ 138, 139 HGB). Auch braucht sich gegen seinen Willen keiner einen neuen Mitge-

sellschafter aufdrängen zu lassen. Dies dient jedoch nur dem Schutze der Gesellschafter. Mit ihrem Einverständnis können daher durch einen den Gesellschaftsvertrag abändernden Aufnahmevertrag auch neue Gesellschafter in die oHG eintreten.¹⁾ Außerdem besteht die Möglichkeit eines Mitgliederwechsels durch Übertragung des Gesellschaftsanteils von einem ausscheidenden Gesellschafter auf einen neu eintretenden. Auch in diesem Fall ist aber die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich.²⁾ Wegfall, Neueintritt und Auswechselung eines Gesellschafters sind hiernach bei Mitwirkung aller Gesellschafter möglich. Damit ist ein Gesichtspunkt gefunden, der möglicherweise auch bei der Frage nach der Zulässigkeit einer Stimmrechtsvollmacht herangezogen werden kann. Hierauf wird deshalb noch näher einzugehen sein.³⁾

2. Im Falle der Übertragung eines einzelnen Mitgliedschaftsrechts auf einen Dritten betritt ebenfalls ein Fremder den internen Gesellschafterkreis. Er will aber nicht selbst Mitglied werden, sondern auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses zu einem der Gesellschafter dessen Funktionen teilweise in eigener Zuständigkeit wahrnehmen. Die Mitgliedstellung des betroffenen Gesellschafters wird davon nicht berührt.

1) Umstritten ist, ob der Gesellschaftsvertrag in diesem Fall auch einen Mehrheitsbeschluß vorsehen kann. Im Hinblick auf das zwischen den Gesellschaftern bestehende Vertrauensverhältnis ist die Aufnahme eines neuen Gesellschafters durch bloßen Mehrheitsbeschluß jedenfalls nicht unbedenklich. Das gilt insbesondere dann, wenn die Minderheit gerade gegen die Person des neuen Gesellschafters Einwände vorbringt (vgl. Haupt-Reinhardt S.66). Anders Hueck (oHG-Recht S. 390f.), der die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages über den Mehrheitsbeschluß als ausreichende Zustimmung ansieht.

2) Zulässigkeit und Voraussetzungen einer Übertragung der Mitgliedschaft sind umstritten; vgl. Hueck, oHG-Recht, S.388 ff.; Haupt-Reinhardt S.69; Wiedemann S.39 f.; BGH MDR 1954,32. Vgl. aber auch BGHZ 46,291 ff.(296) = NJW 1967,826 ff.

3) Vgl. unten S.77 ff.

a) Nach der Regelung des § 717 BGB sind die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis gegeneinander zustehenden Ansprüche nicht übertragbar. Ausgenommen sind lediglich einige Vermögensrechte (vgl. § 717 Satz 2 BGB). Der Gesichtspunkt des gegenseitigen Vertrauensverhältnisses steht einer Übertragung dieser Ansprüche nicht entgegen. Es handelt sich um Einzelforderungen, die zwar dem Gesellschaftsverhältnis entstammen, deren Lösung aus der Verbundenheit aber der weiteren ungehinderten Verfolgung des Gesellschaftszwecks nicht entgegensteht.¹⁾

Alle übrigen Gesellschafterrechte sind nicht übertragbar (§ 717 Satz 1 BGB). Das gilt insbesondere für die Mitverwaltungsrechte und damit auch für das Stimmrecht. Als ausschlaggebend für diese gesetzliche Regelung wird z.T. das zwischen den Gesellschaftern bestehende enge Vertrauensverhältnis angesehen.²⁾ Folgt man einmal dieser Auffassung, so fragt es sich, ob das Abtretungsverbot des § 717 Satz 1 BGB abdingbar ist, ob also die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag oder durch besonderen Beschluß im Einzelfall eine Übertragung des Stimmrechts auf einen Dritten zulassen können. Der Gesichtspunkt des Vertrauensverhältnisses stünde dem nicht entgegen. Wie etwa bei der Aufnahme eines neuen Gesellschafters, müßte er auch dann außer Betracht bleiben, wenn alle Gesellschafter mit einer Abtretung des Stimmrechts einverstanden sind.

Es ist jedoch ein weiterer Gedanke zu berücksichtigen. Das gesellschaftliche Stimmrecht ist ein wesentlicher Bestandteil der Mitgliedschaft zur oHG. Es kann seiner Bestimmung nach nur einem Mitglied, nicht aber einem gesellschaftsfremden Dritten zustehen. Der Dritte erhielte durch eine Übertragung nur das Stimmrechts

1) Vgl. Palandt-Thomas § 717 Anm.2; Hueck, oHG-Recht, S.270

2) Vgl. Hueck, oHG-Recht, aaO; Palandt-Thomas § 717 Anm.1d; Erman-Schulze-Wenck § 717 Anm.1; wohl auch Hämmerle S.21

nicht die Stellung eines Gesellschafters. Obwohl ihm eines der wichtigsten Mitverwaltungsrechte als eigenes Recht zustünde, wäre doch sein Rechtsverhältnis zur Gesellschaft nicht durch gesellschaftsrechtliche Grundsätze bestimmt. Das Stimmrecht kann deshalb selbst dann nicht von der Mitgliedschaft losgelöst und auf einen Dritten übertragen werden, wenn alle Gesellschafter damit einverstanden sind.¹⁾

b) Wenn es dem Gesellschafter nicht gestattet ist, sein Stimmrecht auf einen Dritten zu eigener Zuständigkeit zu übertragen, so schließt sich die Frage an, ob es dem Gesellschafter unter dem Gesichtspunkt der Bindung des Stimmrechts an die Gesellschafterstellung auch verwehrt ist, den Dritten lediglich zur Ausübung des Rechts zu bevollmächtigen.

Die Bevollmächtigung zur Ausübung eines Rechts unterscheidet sich aber wesentlich von einer Rechtsübertragung. Während bei dieser der Rechtsinhaber wechselt, verbleibt bei jener die volle Rechtsträgerschaft bei dem ursprünglich Berechtigten. Es wird nur eine in der Regel zusätzliche Ausübungsbefugnis geschaffen, die neben die des Vertretenen tritt.²⁾ Der Unterschied zwischen der Abtretung eines Rechts und seiner Überlassung lediglich zur vertretungsweisen Ausübung besteht somit vor allem darin, daß das be-

1) Das ist ganz herrschende Auffassung. Vgl. unten S.31 Nr. 1. - Hueck (JZ 1952,115 f.) zieht eine anschauliche Parallele zu § 719 BGB. Einerseits könne im Gesellschaftsvertrag die Übertragbarkeit des Anteils am Gesellschaftsvermögen im Zusammenhang mit der Mitgliedschaft vorgesehen werden; eine Übertragbarkeit von Anteilen an einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen sei andererseits mit dem Wesen der Gesamthandsgemeinschaft unvereinbar. Ähnlich sei es im Verhältnis zwischen Mitgliedschaft und Stimmrecht. Das Stimmrecht sei ein untrennbarer Bestandteil der Mitgliedschaft und könne daher nur mit ihr zusammen, nicht aber für sich allein auf einen Dritten übertragen werden.

2) Zur Frage, ob der Vertretene gleichzeitig auf seine eigene Ausübungsbefugnis wirksam verzichten kann (sog. verdrängende Vollmacht), vgl. unten S.102 ff.

troffene Recht bei der Bevollmächtigung im Gegensatz zur Abtretung sein Subjekt nicht wechselt.¹⁾ Die Abtretung eines Rechts ist zudem ihrer Funktion nach dazu bestimmt, einen dauernden Zustand herzustellen, während die einem Bevollmächtigten eingeräumte Ausübungsbefugnis in aller Regel nur vorübergehenden Zwecken dient und grundsätzlich jederzeit frei widerruflich ist (vgl. § 168 BGB).

Bleibt hiernach durch die Bevollmächtigung eines Dritten zur Ausübung des Stimmrechts die rechtliche Stellung des Gesellschafters ungeschmälert erhalten, so ist gegen die Zulässigkeit der Bevollmächtigung jedenfalls unter dem Gesichtspunkt nichts einzuwenden, daß die Verbundenheit der in der Mitgliedschaft gebündelten Gesellschafterrechte unangetastet bleiben muß. Der Rechtscharakter der Mitgliedschaft steht deshalb - anders als bei einer vollen Abtretung des Stimmrechts - der bloßen Bevollmächtigung nicht entgegen. Das folgt schließlich auch aus der für das Stimmrecht allgemein anerkannten Zulässigkeit der gesetzlichen Vertretung und entspricht darüber hinaus den speziellen Regelungen anderer Gesellschaften und Verbände (vgl. z.B. § 47 Abs.3 GmbHG, § 134 Abs.3 Satz 1 AktG, § 38 Satz 2 in Verb. mit § 40 BGB, § 43 Abs.4 Satz 2 und 3 GenG).

II. Die Auswirkungen der Stimmrechtsausübung durch einen Bevollmächtigten auf das Verhältnis der Gesellschafter untereinander

1. Als Personalgesellschaft baut die oHG auf den Persönlichkeiten der einzelnen Gesellschafter auf. Jeder schließt den Gesellschaftsvertrag regelmäßig mit Rücksicht gerade auf die persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten der anderen Gesellschafter. Er ver-

1) Vgl. Hirsch S.175; speziell zum gesellschaftlichen Stimmrecht BGHZ 20,363 ff.(365); BGH BB 1970,187; Fischer, GmbH-Rdsch 1952,115

traut darauf, daß sich die Mitgesellschafter auch tatsächlich in der im Vertrag vorgesehenen Weise in den Dienst der Gesellschaft stellen. Die im Gesetz vorgesehene unmittelbare und primäre Haftung aller Gesellschafter und ihre zumeist persönliche Mitarbeit führen zu einer engen Vermögens- und Arbeitsgemeinschaft, aus der sich regelmäßig eine starke gegenseitige Bindung entwickelt. Ein für die Gesellschaft gedeihliches Zusammenwirken ist unter diesen Umständen auf die Dauer nur bei einem ungestörten Vertrauensverhältnis denkbar. Soll eine oHG funktionsfähig bleiben, so darf in das Verhältnis der Gesellschafter zueinander kein Mißtrauen eindringen. Die Gesellschaft ist damit von vornherein auf die Persönlichkeiten bestimmter einzelner Gesellschafter als Vertragspartner zugeschnitten.

2. Jeder Gesellschafter erwartet deshalb von seinen Mitgesellschaftern, daß sie an einer Abstimmung über Gesellschaftsangelegenheiten persönlich teilnehmen und die zur Beschlußfassung anstehenden Fragen nach eigenem Abwägen des Für und Wider selbst entscheiden. Dem Auftreten eines zur Stimmrechtsausübung bevollmächtigten Dritten werden die Gesellschafter mit Mißtrauen begegnen.¹⁾ Sie sehen nicht nur die Gefahren, die sich daraus ergeben können, daß die persönliche Entschließung des betroffenen Gesellschafters durch die des Vertreters ersetzt wird, sondern befürchten auch, daß der Dritte durch seine Teilnahme an der Gesellschafterversammlung Einblick in die inneren Angelegenheiten der Gesellschaft gewinnt. Es ist eine bekannte Tatsache, daß Kaufleute gerade in diesem Punkte sehr empfindlich sind. Die Vorlage einer schriftlichen Vollmacht, die den Bevollmächtigten als Vertrauten

1) Dabei soll der Fall außer Betracht bleiben, daß die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag oder durch besonderen Beschluß im Einzelfall der Bevollmächtigung eines Dritten zur Stimmrechtsausübung zugestimmt haben. Hierzu vgl. unten S.77 ff.

des abwesenden Gesellschafters ausweist, wird sie ebensowenig beruhigen, wie dessen Hinweis, er habe seinen Vertreter genauestens instruiert und zur Verschwiegenheit verpflichtet. Die Situation ist grundsätzlich nicht anders, wenn der Bevollmächtigte allen Gesellschaftern persönlich bekannt ist. Auch in diesem Fall werden aus den genannten Gründen die Gesellschafter einer Beteiligung des Dritten an der Abstimmung regelmäßig ablehnend gegenüberstehen. Das Auftreten einer außenstehenden, gesellschaftsfremden Person auf der Gesellschafterversammlung ist somit geeignet, das gegenseitige Vertrauen durch das Entstehen von Spannungen zu beeinträchtigen und dadurch die Grundlage des internen Gesellschaftsverhältnisses zu stören. Das ist eine Gefahr, die, wenn sie nicht durch ein Verlegen der Abstimmung auf einen für den abwesenden Gesellschafter günstigeren Termin oder durch ein vernünftig und sachlich geführtes Gespräch gebannt wird, die weitere Zusammenarbeit erschweren und - besonders bei Gesellschaften mit geringerer Mitgliederzahl - zu einem Zerwürfnis unter den Gesellschaftern führen kann.

3. Neben diesen allgemeinen Auswirkungen der Stimmrechtsausübung durch einen Bevollmächtigten auf das zwischen den Gesellschaftern bestehende Vertrauensverhältnis sind nunmehr die Wirkungen zu untersuchen, die sich daraus ergeben, daß gerade das Recht des Gesellschafters, bei Beschlußfassungen aktiv durch Stimmabgabe mitzuwirken, nicht von seinem Inhaber, sondern von einem Dritten wahrgenommen werden soll. Bei der Prüfung, welchen Einfluß dies auf Funktion und Wirkungsweise des Stimmrechts in der Gesellschaft hat, ist zunächst der Fall zu betrachten, daß der Gesellschafter selbst sein Stimmrecht ausübt.

a) Bei jeder gesellschaftlichen Betätigung stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmaß der Gesellschafter an die Interessen der Gesellschaft gebunden oder es ihm gestattet

ist, egoistische Privatziele zu verfolgen. Für das Stimmrecht gewinnt diese Frage besondere Bedeutung, da der Gesellschafter mit seiner Ausübung in erheblichem Umfang auf die Entscheidungen der Gesellschaft Einfluß nehmen kann.

Ein maßgeblicher Anhaltspunkt für die Intensität der Bindung ist der jeweilige Abstimmungsgegenstand.¹⁾ So ist der Gesellschafter bei der Beschlußfassung über eine beabsichtigte Änderung des Gesellschaftsvertrages grundsätzlich völlig frei.²⁾ Er ist der Gesellschaft nur mit Rücksicht auf die ursprünglich im Verträge vorgesehenen Bedingungen beigetreten. Es kann deshalb von ihm nicht verlangt werden, sein Einverständnis zu einer Änderung dieser Bedingungen zu erklären.³⁾ Stehen dagegen Maßnahmen der Geschäftsführung zur Beschlußfassung an, so ist der Gesellschafter verpflichtet, so zu stimmen, wie es das Interesse der oHG nach seiner auf Grund sorgfältiger Prüfung gewonnenen Überzeugung verlangt.⁴⁾ Die eigenen Interessen des Gesellschafters müssen zurücktreten. Das ist heute für die Personalgesellschaft allgemein anerkannt.⁵⁾ Die rechtliche Begründung ergibt sich aus dem Gesetz. Nach § 705 BGB gehört es zu den Merkmalen einer Gesellschaft, daß sich ihre Mitglieder gegenseitig zur Förderung eines gemeinsamen Zweckes

1) Vgl. Zöllner S.322

2) Hueck, oHG-Recht, S.173; ders., Gesellschaftsrecht, S.70

3) Hueck, oHG-Recht, aaO weist allerdings mit Recht darauf hin, daß der das ganze Gesellschaftsverhältnis beherrschende Treuegedanke zu einem anderen Ergebnis führen kann.

4) Hueck, oHG-Recht, aaO

5) Vgl. Hueck, Gesellschaftsrecht, aaO; ders., Festschrift für Hübner, S.75; Schlegelberger-Geßler § 115 Anm.7, § 119 Anm.3; auch Geiler in Dür.-Hach. II/1 Anm.98; Larenz § 60 II; Enn.-Lehmann § 177 II 2; Zöllner S.322. Müller-Erzbach (S.210) spricht von einer Interessengebundenheit des Stimmrechts, ohne jedoch innerhalb der verschiedenen Abstimmungsgegenstände zu differenzieren.

verpflichten. Wenn aber jede auf die Verfolgung des Gesellschaftszweckes gerichtete Tätigkeit als gesellschaftliche Geschäftsführung bezeichnet wird,¹⁾ dann ist die Bindung der in den Bereich der Geschäftsführung fallenden Tätigkeit an eben diesen Zweck logische Voraussetzung.²⁾

Über den Zusammenhang zwischen Gesellschaftszweck und Stimmrecht hinaus ist zu dessen Kennzeichnung eine weitere Verbindung herzustellen, nämlich die zwischen Stimmrecht und Gesellschafterhaftung.

b) Stimmrecht und Gesellschafterhaftung betreffen zunächst zwei verschiedene Bereiche. Während die Ausübung des Stimmrechts unmittelbar nur das Innenverhältnis der Gesellschafter berührt, ergibt sich deren persönliche Haftung aus den nach außen hin vorgenommenen Rechtsgeschäften der zur Vertretung der Gesellschaft befugten Gesellschafter. Geschäftsführung und Vertretung sind auseinanderzuhalten. Die auf ihrer Grundlage vorgenommenen Gesellschafterhandlungen unterliegen verschiedenen Wirksamkeitsvoraussetzungen. Auch das Gesetz trennt scharf (vgl. §§ 114 ff. einerseits, §§ 125 ff. HGB andererseits). Es darf dennoch nicht übersehen werden, daß beide Befugnisse in enger Verbindung zueinander stehen. Viele Gesellschafterhandlungen sind, je nachdem von welchem Standpunkt aus man sie betrachtet, ob vom Innen- oder vom Außenverhältnis her, gleichzeitig Akte der Geschäftsführung und der Vertretung. Maßnahmen der Vertretung werden zugleich auch immer solche der Geschäftsführung sein.³⁾ Aus dieser Identität ergibt sich, daß die Vertreterhandlungen zwar nicht in ihrer Wirksamkeit nach außen, aber in ihrem Verhältnis nach innen an die im Gesetz und im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Beschränkungen der Geschäftsfüh-

1) So Hueck, oHG-Recht, S.115

2) Vgl. Zöllner S.318

3) Vgl. Hueck, oHG-Recht, S.117

rungsbefugnis gebunden sind. Solche Beschränkungen bestehen vor allem darin, daß bestimmte Geschäfte der Zustimmung aller Gesellschafter bedürfen (vgl. insbesondere § 116 Abs.2 HGB).

Will beispielsweise ein vertretungsberechtigter Gesellschafter ein über den gewöhnlichen Betrieb der oHG hinausgehendes Geschäft abschließen, so ist es auch ohne Zustimmung der Mitgesellschafter rechtswirksam. Die Vertretungsbefugnis ist grundsätzlich unbeschränkt und unbeschränkbar (§ 126 HGB). Bei einer funktionierenden Gesellschaft wird jedoch der Vornahme des Rechtsgeschäfts eine Gesellschafterversammlung vorausgehen, auf der nach Erörterung des Für und Wider schließlich durch Abstimmung entschieden wird. Kommt dann das Geschäft auf Grund und nach Maßgabe des Gesellschafterbeschlusses zustande, so entspricht es dem Abstimmungsergebnis, daß jeder Gesellschafter für die der Gesellschaft hierdurch entstehenden Verbindlichkeiten selbst unmittelbar einzustehen hat (§ 128 HGB). Der hierdurch sichtbar werdende Zusammenhang zwischen Stimmrecht und Gesellschafterhaftung besteht bei allen Beschlußfassungen, die sich auf das Außenverhältnis beziehen: Wenn die Gesellschafter in den vom Gesetz oder Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Fällen über die mit Dritten abzuschließenden Geschäfte abstimmen, befinden sie gleichzeitig über Grund und Höhe ihrer eigenen gesellschaftlichen Haftung.

Man muß ferner berücksichtigen, daß über das Ob und Wie eines zustimmungsbedürftigen Geschäfts ein gemeinschaftlich gefaßter Beschluß entscheidet, der sich wiederum aus den Einzelstimmen der Gesellschafter zusammensetzt. Jede von ihnen beeinflusst daher nicht nur die eigene Haftung, sondern auch die der Mitgesellschafter. Stimmt beispielsweise ein Gesellschafter für die Aufnahme eines hohen Kredites, so nimmt er nicht nur die eigene Haftung in Kauf, sondern mutet sie auch jedem einzelnen Mitgesellschafter zu. Diese Auswirkungen der Stimmrechtsausübung ergeben sich nicht nur bei der im Gesetz als Regelfall vorgesehenen Einstimmigkeit, son-

dern auch bei Mehrheitsbeschlüssen. In beiden Fällen kann es von einer einzelnen Stimme abhängen, ob das beabsichtigte Rechtsgeschäft abgeschlossen wird und damit die Haftung eintritt oder nicht.

c) Wird nun ein Dritter zur Ausübung des Stimmrechts bevollmächtigt, so tritt dieser insoweit an die Stelle des vertretenen Gesellschafters. Nimmt er auf der Gesellschafterversammlung an einer Abstimmung teil, so übt er ein gesellschaftliches Mitverwaltungsrecht auf Grund eigener Willensentschließung aus, ohne selbst Gesellschafter zu sein. Als Bevollmächtigter steht er lediglich zu dem ihn beauftragenden Gesellschafter in schuldrechtlichen Beziehungen. Er ist allein verpflichtet, dessen Weisungen auftragsgemäß auszuführen. Mit der Gesellschaft verbindet ihn kein Rechtsverhältnis. Er tritt ihr als Außenstehender gegenüber. Ihn treffen daher auch nicht die Pflichten, die sich für den Gesellschafter aus seinen vertraglichen Bindungen zu der Gesellschaft ergeben. So ist er nicht gehalten, mit seinem Handeln dem Gesellschaftszweck zu dienen. Zwar wird ihm das der Bevollmächtigung zugrunde liegende schuldrechtliche Verhältnis regelmäßig aufgeben, neben den Interessen des vertretenen Mitglieds auch die der Gesellschaft zu berücksichtigen. Ihm fehlt jedoch "die unmittelbar regulierende Wirkung der auf den Abstimmenden Einfluß nehmenden psychologischen Kraft, den eigenen Vorteil am ehesten im Verbandswohl zu suchen."¹⁾

Die Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten birgt somit die Gefahr, daß die Interessen der Gesellschaft - absichtlich oder unabsichtlich - verletzt werden. Diese Gefahr darf jedoch nicht überschätzt werden. Sie taucht nicht nur bei der Bevollmächtigung eines Dritten zur Stimmrechtsausübung auf. Die

1) Zöllner S.36

Frage, ob eine Stimmabgabe der Gesellschaft schädlich oder nützlich ist, stellt sich auch dann, wenn der Gesellschafter selbst an der Abstimmung teilnimmt. Wie der Dritte, so kann auch er seine eigenen Belange in den Vordergrund rücken und die der Gesellschaft schädigen. Es bleibt allerdings zu befürchten, daß der Bevollmächtigte als Gesellschaftsfremder weniger sorgfältig handelt und auch eher zu einer im Ergebnis gesellschaftsschädigenden Handlung bereit sein wird als ein Gesellschafter.

Die von einem Bevollmächtigten ausgehende Gefährdung der Gesellschaftsinteressen wird noch deutlicher, wenn man berücksichtigt, daß den Dritten keine gesellschaftliche Haftung trifft. Während jeder einzelne Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit seinem gesamten Vermögen einstehen muß, trägt der Dritte für die vermögensrechtlichen Auswirkungen seiner Stimmrechtsausübung unmittelbar kein Risiko.¹⁾ Der zur Stimmrechtsausübung bevollmächtigte Dritte kann deshalb tätig werden, ohne sich von einer nachfolgenden Haftung belastet zu fühlen. Da es sich regelmäßig um Ermessensentscheidungen handeln wird, ist nur schwer nachprüfbar, ob der Dritte einem Auftrag des Gesellschafters, bei der Abstimmung auch eine möglicherweise eintretende Haftung in Betracht zu ziehen, nach besten Kräften nachkommt oder ob er ihn einfach unbeachtet läßt. Im Verhältnis zum vertretenen Gesellschafter mag dies erträglich sein, da er den Dritten selbst bevollmächtigt hat und es ihm daher zumutbar ist, die sich hieraus ergebenden Folgen zu tragen. Die Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten beeinflusst aber - wie wir festgestellt haben - auch die Haftung der übrigen Gesellschafter. Sie werden befürchten, daß sich dieser

1) Bei einem rechtswidrigen Verhalten kann sich der Bevollmächtigte allerdings schadenersatzpflichtig machen; gegenüber der Gesellschaft wegen unerlaubter Handlung, gegenüber dem vertretenen Gesellschafter vor allem wegen schuldhafter Vertragsverletzung. Hierbei handelt es sich aber um keine nach außen wirkende Haftung, die mit der eines Gesellschafters vergleichbar wäre.

Einfluß durch ein unsachgemäßes Verhalten des Dritten nachteilig auf sie auswirkt.

Diese sich aus dem Auseinanderfallen von Mitgliedstellung und Stimmrechtsausübung für die Gesellschaft und die Gesellschafter ergebenden Gefahren sind unmittelbar auf das Tätigwerden eines Bevollmächtigten zurückzuführen. In manchen Fällen werden sie sich allerdings auf ein Minimum reduzieren lassen, insbesondere wenn bestimmte Angelegenheiten zur Beschlußfassung anstehen. Der Gesellschafter wird schon aus eigenem Interesse seinem Vertreter die "Marschroute" für die Gesellschafterversammlung vorschreiben und auf diese Weise die Ausübung seines Stimmrechts lenken. Weicht der Vertreter von dem ihm vorgezeichneten Wege ab, so überschreitet er die Grenzen seiner Vertretungsmacht.¹⁾ In den meisten Fällen werden jedoch erst in der Versammlung die Lage der Gesellschaft und die besonderen Umstände ersichtlich, deren Kenntnis eine sachgerechte Stellungnahme erst ermöglicht.²⁾ Die Weisungen des vertretenen Gesellschafters können sich dann nicht mehr auswirken. Eine in diesen Fällen erteilte nur allgemein umrissene Vertretungsmacht läßt dem Bevollmächtigten die Wahl zwischen einem der Gesellschaft nützlichen und einem ihr schädlichen Verhalten. Wenn damit der Gesellschaft aus der Bevollmächtigung eines Dritten zur Ausübung des Stimmrechts zwar nicht in allen Fällen eine wirkliche Gefahr erwächst, so ist doch andererseits den Gesellschaftern niemals im voraus erkennbar, wie sich der Vertreter verhalten wird. Ihre Sorge um die Wahrung der Gesellschaftsinteressen bleibt daher bei jeder Bevollmächtigung, ob diese Sorge nun im Einzelfall objektiv berechtigt ist oder nicht.

Zusammenfassend ist festzustellen: Die Ausübung des gesellschaftlichen Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten kann dazu führen,

1) Über das Problem der Vertretung ohne Vertretungsmacht vgl. unten S.98 ff.

2) Vgl. Müller-Erzbach S.220

ein zwischen den Gesellschaftern bestehendes Vertrauensverhältnis zu stören. Der Bevollmächtigte ist in seinem Handeln gegenüber den anderen Gesellschaftern nicht an den Gesellschaftszweck gebunden. Wirkt er bei einer Abstimmung mit, so beeinflusst er damit nicht nur die Haftung des vertretenen Gesellschafters, sondern die aller Gesellschafter.

III. Vergleich mit dem Grundtatbestand der Stellvertretung (§§ 164 ff.BGB)

Die Besonderheiten, die sich bei der Ausübung des gesellschaftlichen Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten ergeben, legen auf der Basis der §§ 164 ff.BGB einen Vergleich mit dem Tatbestand der Stellvertretung bei anderen Rechtsgeschäften nahe. Bei dem Abschluß des Vertrages beispielsweise stehen sich die beiden Partner gewöhnlich als Fremde gegenüber. Bedient sich eine Seite eines Bevollmächtigten, so tritt dieser im Rahmen seiner Befugnisse in vollem Umfang an die Stelle des Vertretenen und ersetzt dessen Willensentscheidung durch eine eigene. Den Erklärungen des Vertreters kommt die gleiche Qualität zu als hätte sie der Vertretene selbst abgegeben. Solange sich der Bevollmächtigte in den Grenzen seiner Vertretungsmacht bewegt, bedeutet es deshalb für den Geschäftspartner keinen Unterschied, ob er es mit seinem Vertragsgegner persönlich oder dessen Stellvertreter zu tun hat.

Bei einer Personalgesellschaft dagegen dringt der zur Stimmrechtsausübung Bevollmächtigte in ein zwischen den Mitgesellschaftern und dem Vertretenen schon bestehendes, auf einer engen Gemeinschaft beruhendes Vertrauensverhältnis ein. Den Mitgesellschaftern als den Adressaten der Vertretererklärungen ist es deshalb nicht gleichgültig, ob der vertretene Gesellschafter selbst oder ein von ihm beauftragter Dritter an der Gesellschafterversammlung teilnimmt. Eine solche Beeinträchtigung des Verhältnisses zwischen

Vertretenem und Geschäftsgegner durch das Einschalten eines Bevollmächtigten ist dem vom Gesetz in den §§ 164 ff. BGB gezeichneten typischen Bild der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung fremd. Sie findet auch in dem Falle der Hinzuziehung eines Stellvertreters innerhalb enger geschäftlicher Beziehungen oder lang anhaltender Dauerschuldverhältnisse keine vergleichbare Parallele. Zwar können derartige Verbindungen mehr oder minder intensive, dem einfachen Schuldverhältnis nicht ohne weiteres eigene persönliche Pflichten, insbesondere Treuepflichten begründen, für deren Erfüllung ein Vertreter keine sichere Gewähr bietet. Sie bewirken jedoch niemals den Grad der Verbundenheit, wie er für das auf einer Vermögens- und Arbeitsgemeinschaft beruhende Gesellschaftsverhältnis kennzeichnend ist.

Die einer Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten eigentümlichen Auswirkungen auf die Interessen der Erklärungsempfänger sind der gesetzlichen Regelung der Stellvertretung ebenfalls unbekannt. Diese geht von dem Normalfall aus, daß die durch einen Bevollmächtigten vertretene Partei einer anderen mit gegensätzlichen Interessen gegenübertritt. Auf die Belange der anderen Seite braucht grundsätzlich weder der Vertretene noch der Bevollmächtigte Rücksicht zu nehmen. Auch das Entstehen einer Haftung des Gegners können sie nicht beeinflussen. Jede Seite verpflichtet sich durch ihre Erklärung selbst.

IV. Es liegt eine "verdeckte" Gesetzeslücke vor

Aus dieser Gegenüberstellung ergibt sich folgendes: Das Gesetz berücksichtigt die bei einer Ausübung des gesellschaftlichen Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten sich ergebenden Besonderheiten nicht. Es läßt - abgesehen von den ausdrücklich vorgesehe-

nen Abweichungen im Familien- und Erbrecht¹⁾ - die Stellvertretung bei allen Rechtsgeschäften unterschiedslos zu. Da die Ausübung des gesellschaftlichen Stimmrechts ein Rechtsgeschäft in diesem Sinne ist,²⁾ gilt dieser Grundsatz nach seiner gesetzlichen Formulierung auch hier. Das steht jedoch zur gesetzlichen Ausgestaltung der oHG als Personalgesellschaft im Widerspruch. Als eine auf gegenseitigem Vertrauen beruhende Gemeinschaft würde die oHG in ihren Grundlagen gefährdet sein, wenn jeder einzelne Gesellschafter ohne weiteres befugt wäre, einen beliebigen Dritten zur Stimmrechtsausübung zu bevollmächtigen, der durch sein Mitwirken nicht nur die vertrauensvolle Atmosphäre unter den Gesellschaftern stören könnte, sondern auch in die Lage versetzt würde, ohne Bindung an den Gesellschaftszweck die Haftung aller Gesellschafter zu beeinflussen. Derartige Folgen einer Stellvertretung entsprechen nicht ihrem vom Gesetz vorausgesetzten Grundtatbestand. Der Sinn der §§ 164 ff. BGB bleibt hinter ihrem Wortlaut zurück. Als zu weit gefaßte Regel sind diese Vorschriften deshalb im Wege einengender Auslegung auf den ihr nach Zweck und Zusammenhang des Gesetzes zukommenden Anwendungsbereich zurückzuführen.³⁾ Für den Bereich des Stimmrechts in der Personalgesellschaft entsteht hierdurch eine Gesetzeslücke. Da es an einer Ausnahmevorschrift zu einer allgemeinen Regelung fehlt, spricht man von einer sog. "verdeckten" Gesetzeslücke.⁴⁾

Erscheint es geboten, daß eine allgemeine gesetzliche Regelung in ihrem Anwendungsbereich eingeengt wird, so bedeutet das jedoch

1) Vgl. §§ 1516 Abs.2 Satz 1, 1595 Abs.1 Satz 1, 1728 Abs.1, 1748 Abs.2 Satz 1, 2064, 2274, 2282 Abs.1 Satz 1, 2284 Satz 1, 2290 Abs.2 Satz 1, 2296 Abs.1 Satz 1, 2347 Abs.2 Satz 1 BGB, 13 Abs.1 EheG

2) Vgl. Palandt-Thomas Vorbem.vor § 709 Anm.5c; Enn.-Nipperdey § 146 IV mit weit. Nachweisungen

3) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S.369 ff.

4) Auch Reichel (S.14 ff.) nimmt für das gesellschaftliche Stimmrecht eine verdeckte Gesetzeslücke an; a.A. L.Zander S.24 f. Zur Lückenfeststellung vgl. im übrigen Canaris S.82 ff.

nicht, daß die (verdeckte) Gesetzeslücke in jedem Fall durch eine gegenteilige Ausnahmeregel ausgefüllt werden müßte.¹⁾ Das zeigt sich gerade bei der Bevollmächtigung zur Stimmrechtsausübung. Es fragt sich nämlich, ob nicht besondere Umstände in Betracht kommen können, bei deren Vorliegen der einzelne Gesellschafter trotz der gesetzlichen Ausgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses einen Dritten mit der Ausübung des Stimmrechts betrauen darf, etwa in den Fällen, in denen der Gesellschafter aus triftigem Grund verhindert ist, selbst an der Gesellschafterversammlung teilzunehmen, weil er verreist, krank, gebrechlich oder geschäftlich unerfahren ist. Es wäre deshalb übereilt, eine Stimmrechtsausübung durch Bevollmächtigte von vornherein generell auszuschließen. Es ist vielmehr erforderlich, die Anwendung der §§ 164 ff.BGB im hier interessierenden Teilbereich des Personalgesellschaftsrechts zu überdenken und diejenigen konkreten Gesichtspunkte herauszuarbeiten, die im Einzelfall über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Stellvertretung entscheiden. Auch nur insoweit kann daher von einer (verdeckten) Gesetzeslücke die Rede sein.

Das Ergebnis der Prüfung wird im Hinblick auf die zahlreichen Fallmöglichkeiten nicht einheitlich sein können. Es kann deshalb lediglich darauf ankommen, die sich aus den §§ 164 ff.BGB ergebende allgemeine Befugnis zur Bevollmächtigung besonderen gesellschaftsrechtlichen Kriterien zu unterwerfen, nach denen die Zulässigkeit der Stimmrechtsausübung durch einen Stellvertreter jeweils beantwortet werden kann. Bevor auf die hiermit zusammenhängenden Fragen näher eingegangen wird, soll untersucht werden, welche Lösungen Rechtsprechung und Lehre anbieten.

1) Vgl. Reichel S.15

C Rechtsprechung und Lehre zur Ausübung des Stimmrechts durch Bevollmächtigte

I. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich bisher nur in verhältnismäßig wenigen Entscheidungen mit den Problemen der Ausübung des gesellschaftlichen Stimmrechts durch Bevollmächtigte auseinandergesetzt.

Das Reichsgericht stellte in einer Entscheidung vom 23.11.1928¹⁾ fest, es sei keineswegs grundsätzlich ausgeschlossen, daß sich ein Gesellschafter, der wegen Abwesenheit oder aus einem anderen Grunde an der persönlichen Wahrnehmung seiner sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden Rechte behindert sei, darin durch einen Dritten vertreten lasse. Die Bevollmächtigung eines Dritten von seiten eines Gesellschafters sei ein durchaus zulässiges Rechtsgeschäft. Das Urteil wies die Bedenken der Revision zurück, daß die Ausübung der Gesellschafterrechte wegen ihres persönlichen Charakters nicht auf einen Dritten übertragen werden könne.

Das Reichsgericht spricht in dieser Entscheidung alle Gesellschafterrechte an, unterläßt es aber ausdrücklich, im einzelnen zu prüfen, ob eine solche Vertretung "bei allen nach dem Gesetz dem Gesellschafter zukommenden Verrichtungen statthaft"²⁾ sei. In der Entscheidung wird daher weder für die Mitverwaltungsrechte im allgemeinen noch gar für das Stimmrecht im besonderen ein Grundsatz in der einen oder anderen Richtung aufgestellt. Wenn das Reichsgericht eine vertretungsweise Wahrnehmung von Gesellschafterrechten keineswegs für grundsätzlich ausgeschlossen hält, so

1) RG JW 1929, 368 f. = HRR 1929 Nr. 964

2) RG JW 1929, 369. Auch in RGZ 172, 199 ff. (204) wird ausdrücklich offengelassen, inwieweit sich der Gesellschafter bei Ausübung seiner Rechte durch Bevollmächtigte vertreten lassen darf.

dachte es dabei vor allem an die Vermögensrechte, deren Ausübung durch Dritte jedenfalls "unzweifelhaft" zulässig sei. Eine Begründung für seine Auffassung gibt das Gericht nicht.

Zur Frage der Ausübung speziell des S t i m m r e c h t s durch Dritte nahm das Reichsgericht erstmals in einer Entscheidung vom 12.2.1929¹⁾ Stellung. Im Gegensatz zur gesetzlichen Vertretung hält es eine gewillkürte Stellvertretung für ausgeschlossen. Dieser Grundsatz lasse nur dann eine Ausnahme zu, wenn der Gesellschaftsvertrag etwas Abweichendes bestimme oder die Generalversammlung von Fall zu Fall ein anderes beschließe. Das Reichsgericht zieht hiermit einer Vertretung im Stimmrecht sehr enge Grenzen. Eine Abstimmung durch Dritte ohne oder gegen den Willen der Mitgesellschafter wird ausgeschlossen, also selbst dann, wenn ein dringendes Bedürfnis nach Zulassung eines Bevollmächtigten besteht (beispielsweise bei Krankheit eines Gesellschafters). Eine nähere Begründung gibt das Reichsgericht auch in dieser Entscheidung nicht. Es bleiben insbesondere die Vorschriften der §§ 164 ff.BGB unerwähnt. Die Erwägung, daß nur ein Einverständnis aller Gesellschafter die Stimmrechtsausübung durch einen Bevollmächtigten ermögliche, übergeht die zuvor sich stellende Frage, w a r u m der sonst allgemein gültige Grundsatz der Zulässigkeit einer Bevollmächtigung bei Rechtsgeschäften gerade bei der Ausübung des gesellschaftlichen Stimmrechts nicht anwendbar sein soll. Mag die Entscheidung nun im Ergebnis zu billigen sein oder nicht, in der Begründung kann sie jedenfalls nicht befriedigen.

1) RGZ 123,289 ff.(299/300) = HRR 1929 Nr. 1245

Der Bundesgerichtshof hat zu dem hier interessierenden Problemkreis erstmals in einer Entscheidung vom 10.11.1951¹⁾ Stellung genommen: Gegen eine Bevollmächtigung zur Stimmrechtsausübung bestünden grundsätzlich keine Bedenken. Allerdings sei bei Personalgesellschaften eine derartige Bevollmächtigung "im allgemeinen" von der Zustimmung der übrigen Gesellschafter abhängig, weil das Stimmrecht ein höchstpersönliches Recht in dem Sinne sei, daß es "in der Regel" nur von dem Gesellschafter selbst wahrgenommen werden könne. Eine solche Zustimmung sei jedoch dann nicht notwendig, wenn bereits der Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Bestimmung enthalte.²⁾ Wie sich aus der Formulierung ergibt, geht der Bundesgerichtshof - im Gegensatz zum Reichsgericht - vom Grundsatz der Zulässigkeit einer Bevollmächtigung bei allen Rechtsgeschäften aus. Da er jedoch das Stimmrecht als ein in einem bestimmten Sinne höchstpersönliches Recht ansieht, schränkt er diesen Grundsatz ein und macht seine Geltung von bestimmten Voraussetzungen abhängig. Diese Voraussetzungen sind Zustimmung der Mitgesellschafter oder eine entsprechende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag. Die Wendungen "im allgemeinen" und "in der Regel" deuten allerdings darauf hin, daß der Bundesgerichtshof auch Fälle für möglich hält, in denen - trotz Höchstpersönlichkeit - der Grundsatz der Zulässigkeit einer Bevollmächtigung bei allen Rechtsgeschäften selbst dann gilt, wenn die übrigen Gesellschafter der Bevollmächtigung eines Dritten zur Ausübung des Stimmrechts nicht zugestimmt haben und der Gesellschaftsvertrag keine entsprechende Bestimmung enthält. Dies weicht ebenfalls von der Rechtsprechung des Reichsgerichts ab. Der Bundesgerichtshof unterläßt es jedoch, diese Fälle nach Inhalt und Voraussetzungen zu konkretisieren.

1) BGHZ 3,354 ff. = JZ 1952,114 f.(mit Anm.von Hueck) = NJW 1952, 178 ff. = MDR 1952,159 f. = JR 1952,24 f. = BB 1952,10 Nr.11 = LM Nr.1 zu § 105 HGB (mit Anm.von R.Fischer)

2) BGHZ 3,357

Vom zugrunde liegenden Sachverhalt her bestand hierzu allerdings auch kein Anlaß.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs läßt aber auch im übrigen wesentliche Fragen unbeantwortet. So wird der Satz, eine Bevollmächtigung zur Stimmrechtsausübung sei im allgemeinen vom Einverständnis der Mitgesellschafter abhängig, mit einem angeblich höchstpersönlichen Charakter des Stimmrechts begründet. Damit soll offenbar ebenfalls auf das zwischen den Gesellschaftern bestehende Vertrauensverhältnis hingewiesen werden. Anders als das Reichsgericht zieht der Bundesgerichtshof jedoch mit der "Höchstpersönlichkeit" einen Rechtsbegriff heran, der allgemein dazu dient, eine Gruppe von Rechten und Rechtsgeschäften zu bezeichnen, die in besonderer Weise mit einer Person verbunden sind. Das Gericht begründet allerdings nicht, warum auch das Stimmrecht zu dem Kreis dieser Rechte zu zählen sei. Eine Begründung erscheint um so notwendiger, als eine ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlt. Geht man mit dem Bundesgerichtshof davon aus, daß die Stimmrechtsausübung wegen ihrer höchstpersönlichen Natur nicht einem Dritten überlassen werden kann, so bleibt weiter fraglich, warum etwas anderes gelten soll, wenn die Gesellschafter mit einer Bevollmächtigung einverstanden sind. Kann über die Höchstpersönlichkeit disponiert werden? Oder wollte das Gericht diesem Begriff für den Bereich der Personalgesellschaften einen neuen Inhalt geben?

Der Bundesgerichtshof stellt dem Grundsatz der Zulässigkeit einer Bevollmächtigung bei allen Rechtsgeschäften das Verbot der Abtretung von einzelnen Verwaltungsrechten gegenüber. Die durch Übertragung vollzogene Abspaltung eines einzelnen Verwaltungsrechtes von dem Gesellschafteranteil sei mit dem Wesen der Gesamthandsgemeinschaft nicht zu vereinbaren und daher nichtig. Dieses Verbot sei in keinem Falle, auch nicht bei Zustimmung der Mitgesellschafter abdingbar, da die Verwaltungsrechte mit dem Gesellschaf-

teranteil unlösbar verbunden seien.¹⁾

In diesen Zusammenhang der grundsätzlichen Zulässigkeit der Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten einerseits und des unabdingbaren Abtretungsverbots andererseits hatte der Bundesgerichtshof einen Fall einzuordnen, in dem ein Gesellschafter einem Mitgesellschafter eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht unter gleichzeitigem eigenen Stimmrechtsverzicht erteilt hatte. Die Erörterungen des Gerichts zu den sich aus diesem Tatbestand ergebenden Fragen bilden den eigentlichen Kernpunkt der Entscheidung. Dennoch soll hierauf an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden, weil die unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht wegen ihrer eigenen Problematik in einem besonderen Abschnitt behandelt werden soll.²⁾

In einer Entscheidung vom 14.5.1956³⁾ setzte der Bundesgerichtshof seine mit dem oben zitierten Urteil begonnene Rechtsprechung unmittelbar fort. Die Erben des Komplementärs einer Kommanditgesellschaft hatten einen Mitgesellschafter bevollmächtigt, sie "immer" gemeinschaftlich zu vertreten. Auch bei der Beurteilung dieses Falles geht das Gericht offenbar davon aus, daß die Ausübung des gesellschaftlichen Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten grundsätzlich zulässig ist. In den Urteilsgründen steht jedoch die Frage

1) BGHZ 3,357. Das Verbot der Stimmrechtsabtretung halten ebenfalls für unabdingbar Bandasch § 119 Anm.1; Erman-Schulze-Wenck § 717 Anm.3; Fischer in BGB-RGRK § 705 Anm.22, § 717 Anm.10; ders. in HGB-RGRK § 119 Anm.25; ders., GmbH-Rdsch 1952,113; Hämmerle S.21; R.Heinsheimer S.52/53,57; Huber S.50 ff.; Hueck, oHG-Recht, S.166; ders., Anm. zu BGH JZ 1952,115 f.; Knoke S.37; Müller-Erzbach S.220; Nitschke S.278,288; Palandt-Thomas Vorbem. vor § 709 Anm.5c; Schultze-v.Lasaulx in Soergel-Siebert § 705 Anm.46, § 709 Anm.35, § 717 Anm.6; Staud.-Keßler § 717 Anm.21a; Weipert JR 1954,60; H.P.Westermann S.394 ff.; Wiedemann S.276 ff.; vgl. auch BGH MDR 1954,32 f.; BGHZ 20,363 ff. = NJW 1956,1198 ff.; BGHZ 36,293. - A.A. Geiler in Dür.-Hach.II/1 Anm.30, 36b; Enn.-Lehmann § 177 III 2; abw. wohl auch Holch, DNotZ 1958,288.

2) Vgl. unten S.102 ff.

3) BGHZ 20,363 ff.

im Mittelpunkt, ob es sich bei der Stimmrechtsvereinbarung um eine "gewöhnliche" Stimmrechtsvollmacht handelt oder ob sie nicht vielmehr auf eine Abtretung des Stimmrechts abzielt. Die hiermit angeschnittenen Fragen hängen eng mit den Problemen der unwider-
ruflichen Stimmrechtsvollmacht zusammen. Sie sollen deshalb eben-
falls der späteren Erörterung vorbehalten bleiben.

In einer jüngeren Entscheidung¹⁾ ist der Bundesgerichtshof von seiner früher vertretenen Auffassung abgewichen: Das Stimmrecht des Gesellschafters einer Personengesellschaft könne grundsätzlich nur von den Gesellschaftern selbst, nicht aber durch Bevollmächtigte ausgeübt werden; es sei höchstpersönlicher Natur. Hierbei handelt es sich allerdings um nachgiebiges Recht. Die Gesellschafter könnten sich im Gesellschaftsvertrag oder im Einzelfall mit der Stimmabgabe durch Bevollmächtigte einverstanden erklären. In besonderen Ausnahmefällen könne darüber hinaus die Treuepflicht der Gesellschafter gebieten, daß sie einer vorübergehenden Vertretung durch einen anderen Gesellschafter oder durch einen Dritten zustimmen. Das sei jedenfalls dann zu bejahen, wenn einerseits ein Gesellschafter aus nicht abwendbaren Gründen gehindert sei, in der Gesellschaftsversammlung zu erscheinen und für seine Belange zu sorgen, und andererseits es bei objektiver Abwägung der widerstreitenden Interessen der übrigen Gesellschafter und der Gesellschaft zumutbar erscheine, daß ein vertrauenswürdiger Dritter an der Gesellschaftsversammlung und den damit verbundenen Abstimmungen teilnehme.

Im Widerspruch zu den früheren Entscheidungen geht der Bundesgerichtshof hier nicht mehr von dem Grundsatz aus, daß die Bevollmächtigung eines Dritten bei allen Rechtsgeschäften zulässig ist. Das Stimmrecht in einer Personengesellschaft soll vielmehr grundsätzlich von dem Gesellschafter selbst ausgeübt werden müssen. Der

1) Urteil vom 1.12.1969: LM Nr.8 zu § 109 HGB = NJW 1970,706 = MDR 1970,488 = BB 1970,225 f.

Grund hierfür soll offenbar wiederum in dem angeblich höchstpersönlichen Charakter des Stimmrechts zu suchen sein. Damit stellen sich dieselben Fragen wie nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10.11.1951.¹⁾ Wegen des anderen Ausgangspunktes kommt hier aber noch die Frage nach der Art des Rechtssatzes hinzu, der dazu führen soll, daß die Geltung der §§ 164 ff. BGB in der geschehenen Weise einzuschränken ist. Der Bundesgerichtshof gibt hierauf keine ausreichende Antwort. Eine Stellungnahme wäre aber schon deshalb notwendig gewesen, weil das Gericht von "nachgiebigem Recht" spricht und unter Hinweis auf die das Verhältnis der Gesellschafter untereinander beherrschende Treuepflicht in Ausnahmefällen zum Grundsatz der §§ 164 ff. BGB zurückkehren will. Mit der in § 242 BGB gesetzlich begründeten gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht und der in ihrem Rahmen vorzunehmenden Interessenabwägung ist aber ein Gedanke angesprochen, der sich möglicherweise als geeignet herausstellt, im Bereich der Stimmrechtsausübung die Anwendung der §§ 164 ff. BGB den besonderen Gegebenheiten in der Personalgesellschaft anzupassen.

In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall hatte sich eine Gesellschafterin in der Gesellschafterversammlung durch ihren Ehemann vertreten lassen. An der persönlichen Teilnahme war sie durch die Gefahr einer Fehlgeburt verhindert. Da die Mitgesellschafter demgegenüber keine Tatsachen dafür vorgetragen hatten, daß der Ehemann der Gesellschafterin nicht vertrauenswürdig gewesen sei oder aus anderen Gründen sein Auftreten ihren Interessen widersprochen habe, hat das Gericht die Stimmrechtsausübung durch den Bevollmächtigten als zulässig und wirksam angesehen. Das Ergebnis dieser Interessenabwägung wird nicht zu beanstanden sein, da die verhinderte Gesellschafterin in der Tat keine andere Möglichkeit hatte, ihr Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung

1) BGHZ 3,354 ff.; vgl. oben S.30

zur Geltung zu bringen. Der Bundesgerichtshof hat damit - seine Andeutung in dem Urteil vom 10.11.1951 präzisierend - einen jener Fälle behandelt, in denen er trotz sonst bestehenden Bevollmächtigungsverbots die Ausübung des Stimmrechts durch einen rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter zulassen will. Außer der weiteren Untersuchung des rechtlichen Ansatzpunktes wird zu prüfen sein, ob hierfür auch noch andere Fälle in Betracht kommen.

II. Lehre

1. Die Lehre vertritt überwiegend die Auffassung, daß sich ein Gesellschafter bei der Ausübung seines Stimmrechts grundsätzlich nicht vertreten lassen könne. Eine Bevollmächtigung sei nur dann zulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag es gestattet oder die Mitgesellschafter im Einzelfall damit einverstanden sind.¹⁾ Diese Ansicht wird mit dem Hinweis begründet, daß es sich bei dem Stimmrecht um ein höchstpersönliches Recht handle, das vom Inhaber nur in eigener Person und nicht durch einen bevollmächtigten

1) Für das Stimmrecht eines Bevollmächtigten nur unter dieser Voraussetzung: Baumbach-Duden § 119 Anm.3 C; Fiegle S.62 f.; Fischer in BGB-RGRK § 709 Anm. 11; ders. in HGB-RGRK § 119 Anm.27; ders., Anm.zu BGH LM Nr.1 zu § 105 HGB; Geiler und Flechtheim in Dür.-Hach. II/1 Anm.126a, II/2 § 114 Anm.3; Heitzer, GmbH-Rdsch 1952,132; Huber S.50 f.; Hueck, oHG-Recht, S.165; Schlegelberger-Geßler § 119 Anm.1; Schneider-Martin S.76; Schultze-v.Lasaulx in Soergel-Siebert § 709 Anm.35; Staud.-Keßler § 709 Anm.18; H.P. Westermann S.402 ff.; Wiedemann S.350; Wieland I S.572 f. - Im Ergebnis wohl auch Erman-Schulze-Wenck § 709 Anm.13, die eine Bevollmächtigung zur Ausübung des Stimmrechts im Einzelfall für möglich halten; ferner Nitschke S.286 Nr.54 und Teichmann S.217,226, die gegen eine Stimmrechtsvollmacht nichts einzuwenden haben, wenn alle Gesellschafter ihr Einverständnis erklären.

Dritten ausgeübt werden könne.¹⁾ Höchstpersönlich sei das Stimmrecht deshalb, weil dessen Ausübung unmittelbar in das Leben der Gesellschaft eingreife, das in erster Linie auf dem gegenseitigen Vertrauen der Gesellschafter beruhe und deshalb kein Eindringen gesellschaftsfremder Personen vertrage.²⁾ Bei den Rechtsakten, die - wie bei der Ausübung des Stimmrechts - die interne Verantwortlichkeit der Gesellschafter für Akte der Geschäftsführung betreffen, handle es sich zumeist um Zweckmäßigkeitsfragen, bei denen persönliche Anschauungen, Temperament und gegenseitiges Vertrauen eine entscheidende Rolle spielten. Es widerspreche dem Charakter der offenen Handelsgesellschaft, wenn sich hierbei ein Gesellschafter durch einen beliebigen Bevollmächtigten vertreten lassen könne.³⁾ Da jedoch der in diesem Sinne zu verstehende höchstpersönliche Charakter des Stimmrechts ausschließlich dem Schutz der übrigen Gesellschafter diene, könnten diese im Gesellschaftsvertrag die Ausübung durch einen Bevollmächtigten zulassen.⁴⁾

Diese Auffassung ähnelt im Ergebnis der des Reichsgerichts. Ohne die §§ 164 ff. BGB zu erwähnen, wird der lapidare Grundsatz aufgestellt, daß das gesellschaftliche Stimmrecht nicht durch einen

1) Flechtheim in Dür.-Hach.II/2 aaO; Heitzer aaO; Fischer in BGB-RGRK § 705 Anm.22, § 717 Anm.2; ders. in HGB-RGRK aaO; Reichel S.21/22; Schlegelberger-Geßler § 109 Anm.10; Schneider-Martin aaO; Schultze-v.Lasaulx in Soergel-Siebert aaO; Zöllner S.38. Wohl auch Geiler in Dür.-Hach II/1 Anm.90c, Huber aaO, Hueck aaO, Wiedemann aaO und Wieland aaO, die davon sprechen, daß das Stimmrecht grundsätzlich nur "persönlich" ausübbar sei. - Hämmerle (S.21) betont ebenfalls den höchstpersönlichen Charakter des Stimmrechts und folgert hieraus das Verbot seiner Abtretbarkeit. Hingegen könne die Stimmrechtsausübung durch einen Bevollmächtigten von den Gesellschaftern gestattet werden.

2) Vgl.z.B.Flechtheim in Dür.-Hach.II/2 § 114 Anm.3; Schultze-v.Lasaulx in Soergel-Siebert § 709 Anm.35. Auch Zöllner (S.38) folgert aus dem persönlichen Vertrauen der Gesellschafter zueinander den höchstpersönlichen Charakter des mitgliedschaftlichen Herrschaftsrechts.

3) Flechtheim in Dür.-Hach.II/2 aaO

4) Fischer in BGB-RGRK § 717 Anm.2 und 11

Bevollmächtigten ausgeübt werden könne. Ausnahmen werden nur anerkannt, wenn eine entsprechende Willensübereinstimmung der Gesellschafter vorliegt. Weitere Möglichkeiten der Stimmrechtsausübung durch einen Bevollmächtigten werden nicht diskutiert. Eine Erörterung der Fälle, in denen ein besonders starkes Bedürfnis nach Zulassung eines Bevollmächtigten besteht (Krankheit, Abwesenheit oder fehlende geschäftliche Erfahrung eines Gesellschafters) fehlt völlig. Nur Wiedemann¹⁾ will in bestimmten Situationen (längere Krankheit, Abwesenheit) Ausnahmen zulassen. Die Treuepflicht verlange hier, daß die Gesellschafter einer vorübergehenden Vertretung durch einen anderen Gesellschafter oder notfalls auch durch einen vertrauenswürdigen Dritten zustimmen. Bei objektivem Abwägen der widerstreitenden Interessen müsse aber die Vertretung den anderen Teilhabern zumutbar sein.²⁾ Wiedemann kommt damit für die von ihm genannten Ausnahmefälle im praktischen Ergebnis der hier vorgeschlagenen Lösung sehr nahe. Insoweit kann daher auf die späteren Ausführungen verwiesen werden. In der Begründung seiner sonst ablehnenden Haltung schließt sich Wiedemann jedoch der herrschenden Lehre an. Diese folgert - insoweit über die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hinausgehend - die Höchstpersönlichkeit des Stimmrechts aus dem besonderen Charakter des Verhältnisses der Gesellschafter zueinander. Das kann nicht überzeugen.

Die rechtliche Eigenschaft der "Höchstpersönlichkeit" ist weder

1) S.350

2) Auch Hueck (oHG-Recht, S.165 f.) hat sich dieser Auffassung angeschlossen.

in der Literatur hinreichend geklärt,¹⁾ noch im Gesetz ausdrücklich erwähnt. Es fehlt insbesondere eine allgemeine Vorschrift darüber, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Wirkungen ein Recht oder Rechtsgeschäft als höchstpersönlich anzusehen ist. Reichel²⁾ ist allerdings der Meinung, die Beschlußfassung der Gesellschafter dürfte "von Gesetzes wegen" höchstpersönlich sein. Diese Auffassung finde eine Stütze in § 716 BGB und § 118 HGB, wonach die Befugnis des Gesellschafters, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten, nur "persönlich" ausgeübt werden könne. Was für die bloße Information gelte, müsse für das Raten und die Taten erst recht gelten. Diese Überlegung geht von einer unrichtigen Voraussetzung aus. Die Formulierung des Gesetzes "persönlich unterrichten" ist nicht in dem Sinne zu verstehen, daß der Gesellschafter unbedingt nur persönlich die fraglichen Handlungen vornehmen darf.³⁾ Der gesetzliche Vertreter eines minderjährigen Gesellschafters beispielsweise wird in jedem Falle zugelassen werden müssen. Der Gesetzeswortlaut ist - entgegen Reichel - zwanglos dahin zu begreifen, daß die geschäftsführenden Gesellschafter jedenfalls nicht von sich aus zu einer Auskunfterteilung verpflichtet sind, daß vielmehr der auskunftbege-

1) Mit einer theoretischen Klärung des Begriffs der Höchstpersönlichkeit befaßt sich ausführlich nur Reichel. - Die sonst üblichen Formulierungen, höchstpersönliche Rechte "lassen sich von der Person eines bestimmten Berechtigten ausnahmsweise nicht loslösen" (Lehmann-Hübner § 12 II 1) oder sind "an die individuell bestimmte Person des Berechtigten gebunden" (v. Roth § 84 II, S. 451) erklären den Begriff der Höchstpersönlichkeit mit seinen rechtlichen Folgen und lassen einen Hinweis auf Inhalt und Voraussetzungen vermissen. Auch Reichel sieht hierfür keinen Anlaß; er orientiert sich an den einzelnen Geschäftstypen (S. 14 Nr. 1). Dies genügt jedenfalls nicht für die Mitverwaltungsrechte des Gesellschafters, die ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung dennoch als höchstpersönlich angesehen werden und deshalb bei ihrer Ausübung grundsätzlich eine Bevollmächtigung ausschließen sollen.

2) S. 21 f.

3) Vgl. Planck § 716 Anm. 1

rende Gesellschafter selbst tätig werden muß.¹⁾ Die Frage, ob er dabei Dritte hinzuziehen oder die Ausübung des Informationsrechts ganz auf einen Gesellschaftsfremden übertragen darf, wird von den genannten Bestimmungen nicht beantwortet.

Auch der immer wiederkehrende Hinweis auf die regelmäßig enge Verbundenheit zwischen den Gesellschaftern und auf das zwischen ihnen bestehende Vertrauensverhältnis genügt nicht, um eine Höchstpersönlichkeit der Mitverwaltungsrechte zu begründen. Persönliche Verbundenheit und gegenseitiges Vertrauen liegen zwar dem vom Gesetz vorausgesetzten Bild einer offenen Handelsgesellschaft zugrunde. Sie sind jedoch nur eines der für Personalgesellschaften typischen Elemente. Treten sie in den Hintergrund oder fehlen sie ganz, was beispielsweise bei den sog. "kapitalistischen" Personalgesellschaften recht häufig der Fall ist, ohne daß die Arbeit in der Gesellschaft beeinträchtigt wird,²⁾ so würde die "Höchstpersönlichkeit" ihren Sinn und damit auch ihre Berechtigung verlieren. Das gilt auch in den Fällen, in denen das Vertrauensverhältnis etwa durch persönliche und geschäftliche Differenzen gestört ist. Die "Höchstpersönlichkeit" eines gesellschaftlichen Mitverwaltungsrechts kann deshalb nicht von derartig wechselvollen und unbestimmten Erscheinungen wie "Verbundenheit" und "Vertrauen" abhängig gemacht werden.

Schließlich zeigt auch ein Vergleich mit den allgemein als "höchstpersönlich" angesehenen Rechten und Rechtsgeschäften des Persönlichkeitsrechts³⁾ sowie des Familien- und Erbrechts⁴⁾, daß

1) Vgl. L.Zander S.27

2) Vgl. hierzu Steiner S.67, 141 ff. und Flechtheim S.23 ff.

3) Hierzu gehört insbesondere das Namensrecht, vgl. Hubmann S.132; Gierke I § 81 II, § 82 VI, § 83 I 1

4) Zu den zahlreichen Beispielen gehören die elterliche Gewalt, die Eheschließung, die Ehelichkeitsanfechtung, die Testamentserrichtung und der Abschluß eines Erbvertrages durch den Erblasser. Zum höchstpersönlichen Charakter dieser Rechte und Rechtsgeschäfte vgl. die Kommentare und Lehrbücher zu den einschlägigen Vorschriften.

bei dem Gesellschafterstimmrecht kein jenen Fällen ähnlicher Tatbestand vorliegt. Ehe, Familie und die eigene Persönlichkeits-sphäre in ihrer Abgrenzung zur Umwelt sind Bereiche, für die ein hohes Maß an Intimität typisch ist. Der Gesetzgeber hat dies zum Anlaß genommen, außer der Übertragung des Rechts vielfach auch die Hinzuziehung von Bevollmächtigten bei der Rechtsausübung oder der Ausführung des Rechtsgeschäfts zu verbieten. Dem Gesellschaftsverhältnis fehlt diese Intimität. Der Zusammenschluß der Gesellschafter stellt zwar auch eine personenrechtliche Gemeinschaft mit starker gegenseitiger Verbundenheit her. Die Beziehungen der Gesellschafter untereinander sind jedoch mit denen innerhalb einer Ehe und Familie nicht vergleichbar. Die höchstpersönlichen Rechte und Rechtsgeschäfte des Familien- und Erbrechts stehen - ihrer intimen Herkunft entsprechend - außerhalb des Vermögensrechts. Sie betreffen rein persönliche Beziehungen. Demgegenüber dienen die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden Rechte vor allem vermögensrechtlichen Zwecken.

Die Auffassung der herrschenden Lehre, die gesellschaftlichen Mitverwaltungsrechte seien höchstpersönlich und könnten aus diesem Grunde nur von dem berechtigten Gesellschafter persönlich ausgeübt werden, erweist sich somit als eine nicht haltbare Hilferwägung, die lediglich den Zweck verfolgt, ein gewolltes Ergebnis zu erreichen. Da das Eindringen dritter Personen nicht wünschenswert erscheint, werden die Gesellschafterrechte als höchstpersönlich bezeichnet, um die - sonst möglicherweise gegebene - Zulässigkeit der Stellvertretung auszuschließen.¹⁾

2. Nur wenige vertreten die Ansicht, daß es dem Gesellschafter grundsätzlich gestattet sei, mit der Wahrnehmung des Stimmrechts einen Stellvertreter zu beauftragen.

1) Vgl. hierzu auch H.P. Westermann S.137 ff., insbesondere S.140 f.

R.Heinsheimer¹⁾ geht vom Begriff der Stellvertretung aus. Bei ihr verbleibe das Recht in vollem Umfang beim Vertretenen und gehe in keinem seiner Bestandteile auf den Vertreter über. Die Stellvertretung sei so zu verstehen, daß der Vertreter im Umfang seiner Vertretungsmacht mit der Person des Vertretenen verschmelze. Aus diesem Grunde sei eine Vertretung in allen Rechten zulässig, auch bei solchen, die wegen ihrer besonderen Natur nicht von ihrem Inhaber gelöst werden könnten. So seien zwar die Mitverwaltungsrechte nicht auf einen Dritten übertragbar, was aber den Gesellschafter keineswegs daran hindere, sich bei der Ausübung dieser Rechte vertreten zu lassen. Auf die Interessen der Gesellschaft sei allerdings besondere Rücksicht zu nehmen, vor allem müsse das regelmäßig sehr enge Vertrauensverhältnis unter den Personalgesellschaftern beachtet werden. Deshalb sei im allgemeinen eine gewillkürte Stellvertretung nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter zuzulassen. Eine fehlende Zustimmung mache jedoch die Bevollmächtigung nicht unmöglich, sondern bedeute einen Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, der u.U. zum Schadensersatz verpflichte. Die Gesellschaft könne in keinem Fall die Ausübung eines Mitverwaltungsrechts durch einen Vertreter als unwirksam ignorieren.²⁾ Mit dieser Auffassung geht R.Heinsheimer sehr weit. Ohne Rücksicht auf die Verschiedenartigkeit der möglichen Fallsituationen läßt er im praktischen Ergebnis die Ausübung der gesellschaftlichen Mitverwaltungsrechte durch einen Bevollmächtigten nahezu unbeschränkt zu. Zwar sieht er in einer ohne Zustimmung der Mitgesellschafter vorgenommenen Bevollmächtigung einen Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, ahndet diesen aber nur mit einer Schadensersatzpflicht, die wegen des nur schwer zu erbringenden Nachweises eines Verschuldens des Gesellschafter und einer gerade durch die Mitwirkung des Vertreters eingetretenen Schadens kaum zu realisieren ist. Wenn R.Heinsheimer im Hinblick auf die

1) S.104 ff.

2) S.107 Nr.132

gesetzliche Regelung der Stellvertretung in den §§ 164 ff.BGB zu dem Ergebnis gelangt, daß auch bei ihrer Substanz nach unübertragbaren Rechten eine Vertretung nicht notwendig ausgeschlossen ist, so wird man dem zwar grundsätzlich zustimmen können. Bedenklich erscheint es jedoch, deshalb ohne weiteres auch die Zulässigkeit der Ausübung gesellschaftlicher Mitverwaltungsrechte durch Bevollmächtigte anzunehmen. R.Heinsheimer übergeht das zuvor sich stellende Problem, ob nicht auch der bloßen Bevollmächtigung ein einschränkender Rechtssatz entgegensteht. Es fragt sich insbesondere, ob er den Treueverstoß mit hinreichenden Sanktionen ausgestattet hat oder ob es dem Gesellschaftsverhältnis nicht besser entsprechen würde, bei einem Treueverstoß bereits die Möglichkeit der Bevollmächtigung selbst in Zweifel zu ziehen.

L.Zander¹⁾ nimmt den vom BGB vorausgesetzten Grundsatz zum Ausgangspunkt, daß bei allen Rechtsgeschäften ein Stellvertreter hinzugezogen werden darf. Da keine Ausnahmenvorschrift bestehe - wie es z.B. im Familien- und Erbrecht der Fall sei -, beanspruche dieser Grundsatz auch für die Gesellschafterrechte seine Gültigkeit. Ein Gesellschafter könne sich daher grundsätzlich bei der Ausübung seiner Rechte durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen. Zwar spiele das Moment des gegenseitigen persönlichen Vertrauens unter den Gesellschaftern eine starke Rolle, von einer Höchstpersönlichkeit könne aber nicht gesprochen werden. Wenn der Gesetzgeber tatsächlich eine Ausübung der Gesellschafterrechte ausschließlich durch die Person des Inhabers gewollt habe, so hätte er dies ausdrücklich anordnen müssen. Das Vorliegen einer verdeckten Gesetzeslücke sei nicht anzuerkennen.²⁾ Auch bei dem Stimmrecht handle es sich nicht um ein höchstpersönliches Recht, wenn auch nicht verkannt werden dürfe, daß die Ausübung dieses Rechts

1) S.15/17

2) S.24/25

durch einen Dritten das Leben der Gesellschaft gefährden könne. Andererseits ließen es auch tatsächliche Erwägungen geraten erscheinen, daß ein Gesellschafter die Möglichkeit habe, einen anderen mit der Wahrnehmung des Stimmrechts zu betrauen.¹⁾ So würde beispielsweise die Verhinderung eines Gesellschafters durch Krankheit oder Abwesenheit die Ausübung des Stimmrechts unmöglich machen. Auch habe der Gesellschafter fast immer Gelegenheit, seinen Vertreter mehr oder weniger genau zu instruieren, in welcher Weise er seinen Willen kundzutun habe, so daß er nahezu auf die Stufe eines Erklärungsboten herabsinke. Im übrigen sei es den Gesellschaftern nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit unbenommen, durch vertragliche Abreden die konkrete Ausübung an die Person des Gesellschafters zu binden.²⁾

Bei einer Auseinandersetzung mit dieser Auffassung muß man zunächst beachten, daß L.Zander ausschließlich die BGB-Gesellschaft, nicht aber die Personalgesellschaften des Handelsrechts behandelt. Zwar bleibt die Problematik im Kern bei beiden Gesellschaftsformen dieselbe. Es kann jedoch nicht unberücksichtigt bleiben, daß gerade im internen Verhältnis der Gesellschafter zueinander nicht unerhebliche Unterschiede bestehen können. Dennoch erscheint es - sieht man einmal von der den Gesellschaftern zweifellos zustehenden Möglichkeit ab, die Vertreterfrage selbst zu regeln - auch für eine BGB-Gesellschaft bedenklich, der Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten überhaupt keine Grenzen zu setzen. L.Zander kann sich zwar auf die allgemeinen Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs berufen. Es wird aber verkannt, daß allein aus dem Schweigen des Gesetzes nicht geschlossen werden kann, der Gesetzgeber der §§ 164 ff.BGB habe auch die Zulässigkeit der Ausübung gerade des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten in

1) S.37/39

2) S.46, vgl. auch S.25

seinen Willen aufgenommen. Es gibt nicht selten Fälle, in denen eine allgemeine gesetzliche Regel zugunsten ihres Sinnes und gegen ihren eigentlichen Wortlaut einschränkend interpretiert und damit in ihrem Anwendungsbereich begrenzt werden muß, wenn sie bei einem besonderen Lebenssachverhalt zu unbilligen oder sachlich nicht gerechtfertigten Ergebnissen führt. Das Gesellschaftsverhältnis - auch das der BGB-Gesellschaft - ist in besonderem Maße personenbezogen. In vielen Fällen wird daher das Eindringen eines beliebigen Stellvertreters zu Schwierigkeiten führen. Das Vorliegen einer verdeckten Gesetzeslücke ist deshalb nicht ohne weiteres zurückzuweisen.¹⁾ Auch der Auffassung, der Bevollmächtigte werde regelmäßig nur die Rolle eines Erklärungsboten spielen, kann man nicht folgen. Schon Müller-Erzbach hat mit Recht darauf hingewiesen,²⁾ daß häufig erst auf der Versammlung die Lage des Verbandes und die besonderen Verhältnisse ersichtlich werden, deren Kenntnis erst eine sachgemäße Stellungnahme ermöglicht. L.Zander ist andererseits zuzugeben, daß es auch Fälle gibt, in denen ein Gesellschafter ein durchaus begründetes Interesse daran haben kann, sich auf der Gesellschafterversammlung vertreten zu lassen, etwa wenn er durch Abwesenheit oder Krankheit verhindert ist. Fälle dieser Art lassen es in der Tat als notwendig erscheinen, wenigstens für ihre Lösung den allgemeinen Grundsatz des Bürgerlichen Gesetzbuchs heranzuziehen. Sie allein rechtfertigen es jedoch nicht, eine Vertretung auch in allen anderen Fällen zuzulassen. Hier eine Grenze zu finden, soll das Ziel

1) Hierzu vgl. oben S.24 ff.

2) S.220

der folgenden Erörterung sein.¹⁾

1) Heins (NJW 1948,253) will in seinem Beispielfall (vgl. oben S.7 unter Ziffer 4) die Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten zulassen. Das mag im Ergebnis richtig sein. Wenn er aber - ohne weitere Begründung - die Auffassung vertritt, es sei anzustreben, daß sich jeder Gesellschafter durch eine Persönlichkeit seiner Wahl vertreten lassen dürfe, so kann dem in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. - Erman-Schulze-Wenck (§ 709 Anm.13) halten eine Stimmrechtsvollmacht für möglich (sehr undeutlich). Viezens (ZHR 35,139) läßt ausdrücklich unerörtert, ob das allgemeine Recht jedes Handlungsfähigen, sich in der Ausübung seiner Rechte vertreten zu lassen, dem Mitglied einer oHG versagt sei, obwohl kein ausdrückliches gesetzliches Verbot vorliege.

D Voraussetzungen der Stimmrechtsausübung durch Bevollmächtigte

I. Ist eine entsprechende Anwendung ähnlicher Vorschriften möglich?

Es wurde bereits festgestellt, daß es sich bei der Frage nach der Zulässigkeit einer Stimmrechtsvollmacht in der Personalgesellschaft um ein Problem der Ausfüllung einer Gesetzeslücke handelt.¹⁾ Es geht also darum, die richtigen Anknüpfungspunkte für eine solche Lückenfüllung zu finden. Zu denken ist dabei in erster Linie an Analogieschlüsse aus verwandten Regelungen. Derartige Regelungen finden sich in verschiedenen Bereichen des Gesellschaftsrechts, nämlich im Vereinsrecht, Genossenschaftsrecht und im Recht der Aktiengesellschaft und der GmbH.

1. Was zunächst das Recht der Aktiengesellschaft und der GmbH betrifft, so lassen die §§ 47 Abs.3 GmbHG und 134 Abs.3 AktG die vertretungsweise Ausübung des Stimmrechts zu. Die Gültigkeit der Vollmacht wird lediglich davon abhängig gemacht, daß sie schriftlich erteilt ist.

Eine entsprechende Anwendung der für die Kapitalgesellschaften (Aktiengesellschaft und GmbH) vorgesehenen Regelung im Recht der oHG kann jedoch nicht in Betracht kommen: Die Aktiengesellschaft ist im Gegensatz zur oHG mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet. Ihr Bestand ist von einem Wechsel der Gesellschafter unabhängig; auf die Persönlichkeit des einzelnen Gesellschafters kommt es für das Ausmaß der Mitgliedschaftsrechte prinzipiell nicht an. Die Kapitalanteile sind deshalb grundsätzlich frei veräußerlich. Die Gesellschafter haften nicht persönlich. Ihre Mitarbeit ist in der Regel nicht erforderlich. - Die oHG ist dagegen als Personalgesellschaft auf den Persönlichkeiten der einzelnen Gesellschafter aufgebaut. Sie kann deshalb einen personellen Wechsel

1) Vgl. oben S.24 ff.

sel nicht ohne weiteres zulassen. Die persönliche Mitarbeit der Gesellschafter ist eines ihrer Grundelemente. Die Interessenlagen sind somit in der Regel verschieden. Wenn der Anteil einer Aktiengesellschaft ohne weiteres übertragbar ist, so werden die Belange der Gesellschaft normalerweise auch nicht bei einer Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten beeinträchtigt werden. Anders bei der oHG: Ist hier mit Rücksicht auf die Gesellschaftsinteressen ein Gesellschafteraustausch ohne Mitwirkung der übrigen Gesellschafter überhaupt ausgeschlossen, so werden auch gegen die nur vertretungsweise Hinzuziehung dritter Personen meist Bedenken bestehen. Eine analoge Anwendung der Regelung des § 134 Abs.3 AktG scheidet damit aus.

Ähnlich ist es bei der GmbH. Bei ihr sind zwar die persönlichen Bindungen stärker als bei der Aktiengesellschaft, da eine persönliche Nachschußpflicht möglich ist, die Mitarbeit der Gesellschafter vorgesehen werden kann und die Übertragbarkeit der Anteile erschwert ist. Dennoch handelt es sich auch bei ihr um eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, die in ihrem Fortbestand von einem Gesellschafterwechsel unabhängig ist. Die Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten begegnet deshalb - wie bei der Aktiengesellschaft - regelmäßig keinen Bedenken. Der Gesellschaftsvertrag kann allerdings etwas Abweichendes bestimmen (vgl. § 45 Abs.2 GmbHG). Hiervon werden die Gesellschafter dann Gebrauch machen, wenn die GmbH durch eine besondere Ausgestaltung im Einzelfall weitgehend einer Personalgesellschaft angenähert ist, etwa bei nur geringer Mitgliederzahl oder besonderer Betonung der persönlichen Mitarbeit.

2. Der oHG ähnelt in der Bedeutung des personalen Elements die Genossenschaft. Nach § 43 Abs.4 Satz 1 GenG können die Genossen auf der Generalversammlung ihr Stimmrecht nicht durch Bevollmächtigte ausüben lassen. Diese Regelung ist auf den Charakter der

genossenschaftlichen Mitgliedschaft zurückzuführen, die auf der persönlichen Teilnahme der Mitglieder am Leben der Genossenschaft beruht.¹⁾ Der Gesetzgeber hat das Verbot der Hinzuziehung von Stellvertretern jedoch nicht ausnahmslos durchgeführt. Es gilt nicht für juristische Personen und Handlungsunfähige (§ 43 Abs. 4 Satz 2 GenG). Der Begriff der Handlungsunfähigkeit ist dem Bürgerlichen Gesetzbuch zwar fremd; er stammt aus dem gemeinen Recht. Als handlungsunfähig wird man jedoch die geschäftsunfähigen und die in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen ansehen müssen.²⁾ Die Ausübung des Stimmrechts durch einen gesetzlichen Vertreter ist somit ebenso wie nach h.M. bei der Personalhandels-gesellschaft zulässig.³⁾ Als handlungsunfähig sind dagegen nicht Genossen anzusehen, die durch Krankheit, Urlaub oder Reisen an der Ausübung des Stimmrechts auf der Generalversammlung verhindert sind. Sie können sich daher nicht vertreten lassen.⁴⁾ Eine weitere Ausnahme vom Verbot der Stellvertretung macht § 77 Abs. 1 Satz 3 GenG. Im Falle des Todes eines Genossen können dessen mehrere Erben (nicht der Alleinerbe) das Stimmrecht des Verstorbenen durch einen Bevollmächtigten ausüben. Der gesetzliche Ausschluß der Ausübung des Stimmrechts durch einen Vertreter unterliegt im übrigen nicht der Dispositionsfreiheit der Genossen. Im Gegensatz zur Personalhandels-gesellschaft kann das Statut der Genossenschaft eine Vertretung nicht gestatten (§ 18 GenG). Im Hinblick auf das in § 43 Abs. 4 Satz 1 GenG enthaltene Bevollmächtigungsverbot ist die Generalversammlung auch im konkreten Einzelfall nicht befugt, den Vertreter eines Genossen zur Abstimmung zuzulassen.

1) Vgl. Paulick S. 245

2) Vgl. Lang-Weidmüller § 43 Anm. 5a

3) Man kann dies schon aus dem im Gesetz verwandten Begriff der "Bevollmächtigung" ablesen, der wie im § 166 Abs. 2 BGB zu verstehen ist; gesetzliche Vertreter sind eben keine Bevollmächtigte. Vgl. im übrigen Lang-Weidmüller § 43 Anm. 5 und 5a; Meyer-Meulenbergh § 43 Anm. 7

4) Vgl. Lang-Weidmüller § 43 Anm. 5a

Eine dem Genossenschaftsgesetz ähnliche Regelung enthält das Vereinsrecht. Nach § 38 Satz 2 BGB kann ein Vereinsmitglied die Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte nicht einem anderen überlassen. Auch diese Regelung beruht auf der Überlegung, daß die Mitgliedschaft als ein personenrechtliches Verhältnis das Eindringen dritter Personen nicht verträgt. Die Satzung des Vereins kann hier allerdings etwas Abweichendes bestimmen (§ 40 BGB). Wie bei allen anderen Verbänden, so ist im übrigen auch hier die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch einen gesetzlichen Vertreter zulässig, falls nicht gerade aus dem Vereinszweck sich das Gegenteil ergibt.

Der Ausschluß der Stimmrechtsausübung durch einen Bevollmächtigten auf den Mitgliederversammlungen von Verein und Genossenschaft steht im Gegensatz zur Aktiengesellschaft und GmbH. Das überrascht zunächst, sind doch Aktiengesellschaft, GmbH und eingetragene Genossenschaft gleichermaßen auf den Grundtypus des rechtsfähigen Vereins zurückzuführen,¹⁾ körperschaftlich organisiert und vom konkreten Mitgliederbestand unabhängig. Wenn es der Gesetzgeber dennoch für erforderlich gehalten hat, die Ausübung des Stimmrechts durch einen Vertreter zu untersagen, so wird das bei der Genossenschaft auf den von ihr verfolgten Zweck und auf ihre besondere Ausgestaltung zurückzuführen sein. Im Gegensatz zu den Handelsgesellschaften erstrebt die Genossenschaft für sich selbst keinen Gewinn. Ihre Tätigkeit ist vielmehr auf die unmittelbare wirtschaftliche Förderung der Mitglieder gerichtet. Diese sind nicht nur die finanziellen Träger der Genossenschaft, sondern gleichzeitig auch ihre Kunden. Eine enge persön-

1) Vgl. Hueck, Gesellschaftsrecht, S.5 ff. allgemein, S.113 für die Aktiengesellschaft, S.239 für die GmbH, S.255 für die Genossenschaft; vgl. auch Haupt-Reinhardt S.107/108, 175

liche Bindung des einzelnen Genossen zu seiner Genossenschaft ist die Folge. Eine solche Bindung ist auch der offenen Handelsgesellschaft eigentümlich. Bei der normalerweise geringen Mitgliederzahl werden die persönlichen Bindungen in einer oHG regelmäßig noch weit stärker sein als bei einer Genossenschaft, die schon wegen ihrer Aufgabenstellung auf eine größere Mitgliederzahl angewiesen ist. Eine entsprechende Anwendung des § 43 Abs.4 GenG erscheint dennoch nicht möglich. Der Gesetzgeber hat der Genossenschaft wegen ihrer sozialpolitischen Zwecksetzung eine Sonderstellung verliehen, durch die sie sich von allen anderen Unternehmensformen unterscheidet. Eine auf die besonderen Bedürfnisse der Genossenschaft zugeschnittene Ausnahmeregelung kann deshalb nicht auf Tatbestände übertragen werden, denen - wie der oHG - eine vergleichbare Stellung im Rechtssystem fehlt.

Wie der Genosse, so darf auch das Vereinsmitglied die Ausübung seines Stimmrechts nicht einem bevollmächtigten Dritten überlassen (§ 38 Satz 2 BGB). Der Grund hierfür ist nicht ohne weiteres ersichtlich, da Aktiengesellschaft und GmbH, bei denen die Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten zulässig ist, ebenfalls (Wirtschafts-) Vereine im rechtstechnischen Sinne sind. Die Regelung des § 38 Satz 2 BGB mag dahin zu verstehen sein, daß der Gesetzgeber auch die allgemeinen Vereinsvorschriften, zu denen die Bestimmung des § 38 Satz 2 BGB gehört, in erster Linie auf den Idealverein des § 21 BGB zugeschnitten hat. Die Wirtschaftsvereine werden dagegen grundsätzlich auf die für sie geschaffenen Organisationsformen des Handelsrechts (Aktiengesellschaft, GmbH, Genossenschaft usw.) verwiesen.¹⁾ Auf sie finden nur ausnahmsweise oder ergänzend die allgemeinen Vereinsvorschriften Anwendung. - Die Mitgliedschaft in einem Idealverein ist zwar personenrechtlicher Natur. Das kann aber nicht allein der entscheidende Gesichtspunkt

1) Vgl. Haupt-Reinhardt S.90

des § 38 BGB sein, da jede Zugehörigkeit zu einem Verband eine personenrechtliche Seite hat. Ausschlaggebend ist vielmehr der auf die Verwirklichung ideeller Ziele gerichtete Vereinszweck. Ähnlich wie bei der Genossenschaft werden keine auf Gewinn gerichtete Geschäfte mit Außenstehenden abgeschlossen. Die Tätigkeit des Vereins ist deshalb vorwiegend "innenbezogen". Berücksichtigt man bei der Frage nach dem Sinn des § 38 BGB diese rechtliche Ausgestaltung des Vereins, so wird deutlich, warum der Gesetzgeber nicht nur die Substanz der Mitgliedschaftsrechte, sondern auch deren Ausübung an die Person des Mitglieds gebunden hat. Die Zweckrichtung des Vereins verbietet die Einmischung eines fremden Willens. Wie auf der Mitgliederversammlung eines Vereins, so kann auch das Auftreten eines Bevollmächtigten auf der Gesellschafterversammlung einer oHG zu Mißhelligkeiten führen. Diese Gemeinsamkeit ist aber nur äußerlich. Der Unterschied zwischen juristischer Person auf der einen und Gesamthandsgemeinschaft auf der anderen Seite ließe sich zwar noch durch eine Analogie überbrücken, da die oHG ohnehin in ihrer rechtlichen Ausgestaltung weitgehend eine juristischen Person angenähert ist (vgl. § 124 HGB). Der dem § 38 Satz 2 BGB zugrunde liegende Gedanke findet jedoch bei einer handelsrechtlichen Personalgesellschaft keine vergleichbare Situation vor. Die oHG ist als Erwerbsgesellschaft auf Gewinnerzielung gerichtet. Es ist geradezu ihr Hauptzweck, mit Außenstehenden ins Geschäft zu kommen. Im Gegensatz zum Idealverein ist ihre Struktur weithin vermögensrechtlich bestimmt. Eine entsprechende Anwendung des § 38 Satz 2 BGB scheidet daher ebenso wie die des § 43 Abs.4 GenG aus.

3. Die im Bereich der oHG für die Frage der Stimmrechtsausübung durch einen Bevollmächtigten bestehende Gesetzeslücke ist somit nicht durch einen Analogieschluß zu anderen Bestimmungen ausfüllbar.

II. Allgemeine Schranken der Befugnis, Bevollmächtigte mit der Ausübung des Stimmrechts zu beauftragen

Wenn eine Analogie ausscheidet, ist die Frage zu prüfen, ob möglicherweise die Überlegung weiterführt, daß jeder Rechtsausübung - d.h. auch der Befugnis, dritte Personen zur Ausübung eines eigenen Rechts zu bevollmächtigen - (immanente) Schranken gesetzt sind. Hierzu gehören das Schikaneverbot (§ 226 BGB), das Verbot des Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) und die Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Dem Schikaneverbot kommt allerdings wegen seiner strengen gesetzlichen Voraussetzungen von vornherein ein nur kleiner Anwendungsbereich zu. Eine Prüfung der Frage, ob die Bevollmächtigung zur Ausübung des gesellschaftlichen Stimmrechts gegen die guten Sitten verstößt, mag demgegenüber ergiebiger sein; die abstrakte Natur der Bevollmächtigung setzt einer umfangreicheren Anwendung dieser Ausübungsschranke aber ebenfalls Grenzen. Im Gegensatz hierzu eröffnet der Grundsatz von Treu und Glauben, der in dem Recht der Personengesellschaft in dem Gedanken der gegenseitigen Treuepflicht eine besondere Ausprägung erfahren hat, weite Möglichkeiten, die Befugnisse des einzelnen Gesellschafters auf das für das Gesellschaftsverhältnis erträgliche Maß zu begrenzen.

1. Die Bestimmung des § 226 BGB bezieht sich ihrem Wortlaut nach nur auf die "Ausübung eines Rechts", nicht aber auf die Wahrnehmung einer gesetzlich zulässigen, durch Rechtsgeschäft eingeräumten Befugnis. Das Schikaneverbot gilt aber für die gesamte Rechtsordnung.¹⁾ Es ist daher auch hier anwendbar. Nach § 226 BGB ist sonach die Bevollmächtigung eines Dritten zur Ausübung des gesellschaftlichen Stimmrechts unzulässig und damit rechtswidrig, wenn sie nur den Zweck haben kann, den Mitgesellschaftern Schaden zuzufügen. Die bloße Absicht der Schikane genügt nicht. Es muß viel-

1) Vgl. Palandt-Danckelmann § 226 Anm.1

mehr unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles feststehen, daß ein anderer Zweck der Bevollmächtigung als der der Schadensstiftung objektiv nicht möglich ist. Kann die Bevollmächtigung auch anderen Zwecken dienen, so ist § 226 BGB nicht anwendbar, selbst wenn eine Schädigung der Gesellschaft offenbar ist. Hat das Schikaneverbot des § 226 BGB an sich schon einen sehr kleinen Anwendungsbereich, so würde es für die Bevollmächtigung zur Stimmrechtsausübung kaum praktische Bedeutung gewinnen. Es sind zwar Fälle denkbar, in denen der Gesellschafter mit einer Bevollmächtigung den Zweck verfolgt, die Gesellschaft zu schädigen. Die Bevollmächtigung hat aber objektiv immer auch das Ziel, das dem Gesellschafter zustehende Stimmrecht durch einen Dritten auszuüben. Allein diese Erwägung genügt schon, um eine Anwendung des § 226 BGB in Frage zu stellen. Die Bevollmächtigung als solche ist im übrigen auch kaum geeignet, den Mitgesellschaftern bereits Schaden zuzufügen. Ein solcher kann ihnen erst aus dem Gebrauch der Vollmacht selbst erwachsen. Die Stimmrechtsausübung durch einen Vertreter unterliegt zwar ebenfalls den gesetzlichen Schranken und damit auch dem Verbot des § 226 BGB. Aus einem schikanösen Verhalten des Vertreters auf der Gesellschafterversammlung darf deshalb jedoch nicht gefolgert werden, die vorangegangene Bevollmächtigung sei ohne weiteres gleichfalls wegen eines Verstoßes gegen § 226 BGB unzulässig. Bevollmächtigung und Ausübung der Vertretungsmacht sind zwei selbstständige Rechtsgeschäfte.¹⁾ Eine schikanöse Rechtsausübung des Vertreters setzt die Zulässigkeit der Bevollmächtigung voraus, eine Frage also, die hier erst untersucht wird. Das Schikaneverbot erweist sich somit als wenig geeignet, die Befugnis, Bevollmächtigte mit der Ausübung des Stimmrechts zu betrauen, einzuschränken.

1) Vgl. hierzu ausführlicher den folgenden Abschnitt

2. Gemäß § 138 Abs.1 BGB ist ein sittenwidriges Rechtsgeschäft nichtig. Die hierin liegende Grenze des rechtlichen Handelns bezieht sich auf alle Rechtsgeschäfte, nicht nur auf die Ausübung von Rechten. Schwierigkeiten bereitet jedoch die abstrakte Natur der Bevollmächtigung. Dies zeigt der folgende Beispielsfall: In einer Gesellschaft ist es zu Unstimmigkeiten gekommen. Einer der Gesellschafter will der nächsten Gesellschafterversammlung fernbleiben. Er beauftragt einen Dritten, sein Stimmrecht zum Schaden der Gesellschaft auszuüben und erteilt ihm die hierzu notwendige Vollmacht. Das Auftragsverhältnis ist - das wird man ohne weiteres sagen dürfen - als eine sittenwidrige Stimmrechtsvereinbarung gemäß § 138 Abs.1 BGB nichtig.¹⁾ Welchen Einfluß hat dies auf die Bevollmächtigung? Ist auch sie sittenwidrig und damit nach der gleichen Vorschrift nichtig?

Die Bevollmächtigung ist ein selbständiges Rechtsgeschäft, das von dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zu unterscheiden ist.²⁾ Die Vollmacht ist, wie man zu sagen pflegt, nicht nur in ihrem Umfang, sondern auch in ihrer Entstehung vom Grundverhältnis unabhängig. Nach § 168 BGB bestimmt sich nur das Erlöschen der Vollmacht nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Ein von Anfang an unwirksames Auftragsverhältnis hat also auf das Wirksamwerden der Vollmacht keinen Einfluß. Die Sittenwidrigkeit des Grundgeschäftes läßt daher - ähnlich wie ein nichtiges Verpflichtungsgeschäft die dingliche Erfüllung - die Gültigkeit der Bevollmächtigung unberührt.³⁾ Dieses aus der abstrakten Natur der Bevollmächtigung folgende Ergebnis läßt sich in Fällen wie dem

1) Vgl. Geiler in Dür.-Hach.II/1 Anm.8; auch RG LZ 1912,545

2) So die ganz h.M.; vgl. z.B. Staud.-Coing § 167 Anm.1a ff.; Kuhn in BGB-RGRK § 166 Anm.24; Enn-Nipperdey § 184 II; Lehmann-Hübner § 36 V; von Tuhr § 85 II; abweichend vor allem Müller-Freienfels (S.190 ff.), der die Bevollmächtigung als ein notwendiges Tatbestandsmerkmal des Vertretergeschäftes ansieht.

3) Diese Auffassung wird heute ganz überwiegend vertreten (vgl. insbesondere Enn.-Nipperdey § 184 III).

geschilderten auch nicht durch eine Anwendung des § 139 BGB vermeiden.¹⁾ Dem Vollmachtgeber waren im Zeitpunkt der Bevollmächtigung die Umstände bekannt, welche die Nichtigkeit des Grundverhältnisses ergaben. Die Vollmacht sollte deshalb auch für den Fall gelten, daß das Grundverhältnis keinen Bestand hat.²⁾

Die Bevollmächtigung ist allerdings auch kein sittlich indifferentes Rechtsgeschäft. Haftet nämlich ihr selbst der Makel der Unsittlichkeit an, liegt also gerade in der Erteilung der Vollmacht ein Verstoß gegen die guten Sitten, dann gelten die Rechtsfolgen des § 138 Abs.1 BGB auch für die Bevollmächtigung. Ihrer abstrakten Natur widerspricht das nicht. Diese hat lediglich die Selbständigkeit der Vollmacht gegenüber dem Grundgeschäft zur Folge, berührt im übrigen aber nicht die für alle Rechtsgeschäfte - und damit auch für die Bevollmächtigung - geltenden allgemeinen Erfordernisse, zu denen auch das Gebot der guten Sitten gehört.³⁾

Die Frage, ob die Bevollmächtigung eines Dritten zur Ausübung des gesellschaftlichen Stimmrechts gegen die guten Sitten verstößt und damit nichtig ist, kann nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und der besonderen Interessenlage der Personalgesellschaft beantwortet werden. Ein Gesellschafter bestellt beispielsweise eine Person zum Bevollmächtigten, die einem Konkurrenzunternehmen angehört oder sogar ein solches betreibt. In die-

1) Vgl. hierzu Planck § 167 Anm.3

2) Die Anwendbarkeit des § 139 BGB in diesem Zusammenhang ist allerdings umstritten. Man wird diese Bestimmung jedoch zumindest dann heranziehen dürfen, wenn Grundgeschäft und Bevollmächtigung als einheitliches Ganzes gewollt sind. Vgl. Rosenberg S.764; Planck § 167 Anm.3; Enn.-Nipperdey § 184 Anm.46, § 202 IV 1a; auch Palandt-Heinrichs § 167 Anm.2

3) Das findet eine Parallele in dem Verhältnis zwischen schuldrechtlichem Verpflichtungs- und dinglichem Erfüllungsgeschäft. Werden gerade mit dem dinglichen Rechtsvorgang unsittliche Zwecke verfolgt oder liegt gerade in ihm die Unsittlichkeit begründet, so kann auch das dingliche Erfüllungsgeschäft gemäß § 138 Abs.1 BGB nichtig sein.

sem Falle werden die Interessen der Gesellschaft in einer den Anschauungen der ehrbaren Kaufmannschaft widersprechenden Weise verletzt. Die von dem Gesellschafter getroffene Wahl der Vertreterpersönlichkeit ist daher sittlich anstößig. Die Mißachtung des Gebots der guten Sitten betrifft hier in erster Linie die Bevollmächtigung selbst. Sie ist deshalb nichtig. Ein trotzdem abstimmender Vertreter handelt ohne Vertretungsmacht.¹⁾

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß die Bestimmung des § 138 Abs.1 BGB dann zu einer Einschränkung der allgemeinen Befugnis, Dritte mit der Stimmrechtsausübung zu beauftragen, führt, wenn die Bevollmächtigung selbst gegen die guten Sitten verstößt. Wegen der strengen Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit wird das allerdings nicht häufig der Fall sein.

3. Es bleibt danach allein die Frage, ob das Prinzip von Treu und Glauben einen allgemeinen Grundsatz enthält, dessen Konkretisierung auch eine Lösung des Bevollmächtigungsproblems beim Stimmrecht in der Personalgesellschaft bieten kann.

Heute bezweifelt niemand, daß jeder Ausübung von subjektiven Rechten und Befugnissen Schranken gesetzt sind, die in dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ihre Grundlage finden. War man früher in der Anwendung solcher allgemein gefaßten Begriffe auf den Einzelfall zurückhaltend, so hat doch die Rechtsentwicklung gezeigt, daß ihre praktische Tragweite viel größer ist als man früher annahm. Das gilt nicht zuletzt für das Gesellschaftsrecht und hier insbesondere für die Beziehungen unter den Gesellschaftern einer Personalgesellschaft. Treu und Glauben konkretisieren sich hier zu den sog. Treuepflichten, die die Gesellschafter untereinander und der Gesellschaft gegenüber zu beachten

1) Hierzu vgl. unten S.98 ff.

haben.¹⁾ Die gegenseitige Treuepflicht beherrscht das gesamte Gesellschaftsverhältnis. Aus der allgemeinen vertraglichen Verpflichtung, den Gesellschaftszweck zu fördern, ergibt sich für jeden Gesellschafter die Pflicht, alles zu unterlassen, was der Verfolgung des Gesellschaftszwecks abträglich ist. Dies bedeutet nicht nur ein Verbot jeder schuldhaften Schädigung - ein solches Verbot besteht ohnehin -, sondern auch eine Beschränkung an sich zulässiger und rechtmäßiger Handlungen, falls sie den Interessen der Gesellschaft zuwiderlaufen.²⁾

Das Prinzip der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht kann somit auch zur Beurteilung der Frage herangezogen werden, ob es in der Personalgesellschaft zulässig ist, einen Dritten mit der Ausübung des Gesellschafterstimmrechts zu beauftragen. Nach dem zuvor Gesagten ist dabei zu beachten, daß nicht nur einseitig das Verhalten des die Bevollmächtigung aussprechenden Gesellschafters der Treuepflicht unterliegt. An sie sind in gleichem Maße auch die Mitgesellschafter gebunden. Eine Lösung unseres Problems ist somit nur unter Beachtung beider Pflichtenkreise möglich. Es gilt gegeneinander abzuwägen, was unter Berücksichtigung der beiderseitigen Treuepflichten dem einen oder dem anderen zumutbar ist.

Legt man diese Maßstäbe zugrunde, dann ist eine Bevollmächtigung als zulässig anzusehen, wenn dem bevollmächtigenden Gesellschafter

-
- 1) Vgl. Enn.-Lehmann § 177 II 2; Erman-Schulze-Wenck § 705 Anm.30 Fischer in HGB-RGRK § 105 Anm.31a ff.; Geiler in Dür.-Hach. II Anm.8 und 98; Haupt-Reinhardt S.53; Hueck, oHG-Recht, S.192 ff. ders., Gesellschaftsrecht, S.31 f., 70; ders., Festschrift für Hübner, S.72 ff.; Lehmann-Dietz S.97 f., 139; Schlegelberger-Geßler § 119 Anm.3; Staud.-Keßler Vorb.32 ff.vor § 705; Staud.-Weber § 242 Bem.A 40-41, 246-254; Westermann, Handbuch, Rz.241
- 2) Vgl. FG JW 1935,1773; Enn.-Lehmann § 177 II 2; Staud.-Keßler Vorb.35a vor § 705; Staud.-Weber § 242 Bem.A 41

ter wegen der drohenden Beeinträchtigung seiner Belange ein Verzicht auf die Hinzuziehung eines Vertreters unzumutbar, den Mitgesellschaftern es dagegen auf Grund der ihnen obliegenden Treuepflicht zumutbar ist, ihr Interesse am Ausschluß gesellschaftsfremder Personen zugunsten des einen Mitgesellschafters zurückzustellen. Die Feststellung der Grenze zwischen dem Zumutbaren und dem nicht mehr Zumutbaren verlangt somit ein Abwägen der beiderseitigen Interessen im Rahmen der gegenseitigen Treuepflichten.¹⁾ Eine Antwort auf die Frage, welches Interesse hier nach jeweils schutzwürdiger erscheint, kann nicht generell, sondern nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles gegeben werden. Von besonderer Bedeutung werden dabei stets das Ausmaß der persönlichen Bindung der Gesellschafter untereinander und die Art des Abstimmungsgegenstandes sein. Es gibt jedoch typische Situationen, die es ermöglichen, auch in gewissem Umfang typische Lösungen zu entwickeln. Das soll im folgenden versucht werden.

III. Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht und Bevollmächtigung Dritter zur Stimmrechtsausübung

1. Geht man zunächst von dem Fall aus, daß ein Gesellschafter sich bei der Abstimmung vertreten lassen will, ohne durch einen besonderen Grund an der persönlichen Teilnahme gehindert zu sein, so ergibt sich folgendes: Das Auftreten des Dritten in der Gesellschafterversammlung kann dazu führen, das am Gesellschaftszweck orientierte Zusammenwirken der Gesellschafter zu beeinträchtigen.²⁾ Die Mitgesellschafter werden deshalb daran interessiert sein, den bevollmächtigten Dritten in die internen Vorgänge der Gesellschaft nicht hineinschauen zu lassen. Das Interesse des Gesellschafters an der Ausübung seines Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten ist

1) Ähnlich Wiedemann S.350

2) Vgl. dazu oben S.15 f., 20 ff.

demgegenüber gering, da er keinen besonderen Anlaß hat, der Abstimmung fernzubleiben. Die Grenze zwischen dem Zumutbaren und dem nicht mehr Zumutbaren für die Beteiligten kann hier ohne besondere Schwierigkeit gezogen werden: Den Mitgesellschaftern ist es unter solchen Umständen nicht zumutbar, die Mitwirkung eines Stimmrechtsbevollmächtigten zu dulden. Umgekehrt ist es dem Gesellschafter zumutbar, selbst an der Abstimmung teilzunehmen. Das Gebot der Gesellschaftstreue verpflichtet ihn deshalb, sein Stimmrecht persönlich auszuüben.

Die Situation ändert sich auch nicht dadurch, daß der Gesellschafter eine von Berufs wegen zur Verschwiegenheit verpflichtete Person zur Stimmrechtsausübung bevollmächtigt. Die von der Mitwirkung eines Bevollmächtigten ausgehenden Gefahrenmomente für die oHG würden hierdurch nur insoweit gemildert, als eine gewisse Gewähr dafür bestünde, daß die Kenntnis eines Außenstehenden von internen Angelegenheiten der Gesellschaft sich nicht zu ihrem Schaden auswirken würde. Wohl aber bliebe die Gefährdung eines vertrauensvollen Zusammenwirkens der Beteiligten. Selbst die Bevollmächtigung eines Mitgesellschafter ist nicht bedenkenfrei. Einem Mitgesellschafter wird zwar als Teilhaber Vertrauen entgegengebracht. Seine Bevollmächtigung hat jedoch eine Erhöhung seiner Stimmrechtsmacht zur Folge, was zu einer Störung des Gleichgewichts und damit ebenfalls zu einer Gefährdung des Gesellschaftsfriedens führen kann. Bei einer aus wenigen Personen bestehenden Gesellschaft ist das besonders augenfällig. Ohne weiteres kann daher auch ein Mitgesellschafter nicht zum Vertreter bestellt werden.¹⁾

Vom Abstimmungsgegenstand allein hängt die Entscheidung ebenfalls nicht ab. Handelt es sich um Angelegenheiten, die die Grundlagen

1) Vgl. Zöllner (S.36), der mit Recht noch darauf hinweist, daß eine Vergrößerung der Abstimmungsmacht ohne entsprechende Vermehrung des Beteiligungsrisikos vor sich gehen würde.

der Gesellschaft betreffen, so versteht es sich fast von selbst, daß der Gesellschafter nicht ohne Treueverstoß einen Dritten mit der Ausübung seines Stimmrechts betrauen darf. Aber auch wenn laufende Angelegenheiten zur Beschlußfassung anstehen, sind die gegen eine Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten bestehenden Vorbehalte nicht ausgeräumt. Auch in diesen Fällen hat der Gesellschafter selbst an der Gesellschafterversammlung teilzunehmen und selbst abzustimmen.

Besteht die oHG nicht nur aus einigen wenigen, sondern aus acht, zehn oder noch mehr Gesellschaftern, so gilt grundsätzlich nichts anderes. Zwar verliert bei Gesellschaften mit großer Mitgliederzahl die Einzelpersönlichkeit an Gewicht. Das trifft insbesondere auf Gesellschafter zu, die bloße Geldgeber sind. Stimmen aber die Mitgesellschafter einer Bevollmächtigung nicht zu, so unterliegt die Stimmrechtsausübung durch einen Stellvertreter den gleichen Bedenken wie auch sonst.

2. Problematisch werden die Fälle, in denen ein Gesellschafter aus einem besonderen Grund verhindert ist, selbst bei der Abstimmung mitzuwirken. Ein Gesellschafter ist beispielsweise durch eine dringende Geschäftsreise verhindert, an der Gesellschafterversammlung teilzunehmen. Oder er ist durch Erbgang in die Stellung eines Gesellschafter-Erblassers eingerückt, in geschäftlichen Dingen wenig erfahren und deshalb zu einer sachgerechten Wahrnehmung seines Stimmrechts nicht in der Lage. Aber auch dann bleibt die Gefahr der Erzeugung gegenseitigen Mißtrauens und persönlicher Spannungen und die Befürchtung, der Fremde werde der Gesellschaft durch ein Außerachtlassen des Gesellschaftszwecks materiellen Schaden zufügen. Die Mitgesellschafter werden deshalb auch unter solchen Umständen regelmäßig daran interessiert sein, Dritte von der Teilnahme an der Abstimmung fernzuhalten.

Das kann allerdings dazu führen, daß bei erforderlicher Einstimmigkeit aller Beteiligten (nicht nur aller Anwesenden) die Gesellschafterversammlung ohne Auftreten eines Bevollmächtigten für den verhinderten Gesellschafter überhaupt beschlußunfähig wäre, ein Ergebnis, das man mit den praktischen Erfordernissen nur schwer vereinbaren könnte. Läßt dagegen der Gesellschaftsvertrag Mehrheitsbeschlüsse genügen, so ist die Gesellschafterversammlung zwar auch ohne den verhinderten Gesellschafter beschlußfähig. Aber in diesem Falle kann sich ergeben, daß gerade die Stimme des Abwesenden an der notwendigen Mehrheit fehlt, so beispielsweise im Falle einer dreigliedrigen Gesellschaft, bei der die zwei anwesenden Gesellschafter voneinander abweichende Auffassungen vertreten.

Im übrigen ist hier die besondere Situation des betroffenen Gesellschafters zu berücksichtigen, die sich wesentlich von der des ersten Falles unterscheidet. Der Gesellschafter ist durch einen dringenden Grund daran gehindert, das Stimmrecht selbst auszuüben. Seine gesellschaftsrechtliche Haftung bleibt hiervon jedoch unberührt. Sie dauert fort. Könnte sich der verhinderte Gesellschafter bei der Stimmrechtsausübung nicht durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen, so müßte er sich demzufolge die während seiner Abwesenheit u.U. gefaßten Beschlüsse entgegenhalten lassen, als hätte er selbst bei ihrem Zustandekommen mitgewirkt. Er müßte nicht nur alle Auswirkungen der Beschlüsse innerhalb der Gesellschaft hinnehmen, sondern auch für alle sich daraus ergebenden gesellschaftlichen Verpflichtungen haften. Der Wunsch des verhinderten Gesellschafters, sich bei der Ausübung des Stimmrechts vertreten zu lassen, entspringt deshalb dem berechtigten Bestreben, das Leben der Gesellschaft auch während der eigenen Abwesenheit mitzubestimmen.

Auf beiden Seiten stehen somit gewichtige Interessen auf dem

Spiel. Ihr Konflikt ist dadurch bedingt, daß der Regelfall, nämlich die persönliche Teilnahme jedes Gesellschafters an der Abstimmung, aus besonderem Anlaß nicht eingehalten werden kann. Die Lösung hängt nach den obigen Ausführungen davon ab, was nach einer im Rahmen der gegenseitigen Treuepflicht vorzunehmenden Interessenabwägung der einen oder anderen Seite zumutbar ist.

Bei einem Bevollmächtigungsverbot ist der Gesellschafter, der einen Dritten mit der Ausübung seines Stimmrechts beauftragen will, für die Dauer seiner Verhinderung von der Mitwirkung bei den Gesellschafterbeschlüssen und damit (zeitweise) von der Ausübung eines seiner bedeutsamsten Gesellschafterrechte ausgeschlossen. Dem steht im Falle der Zulassung eines Bevollmächtigten regelmäßig die bloße Möglichkeit gegenüber, die Ausübung des Stimmrechts durch ihn könnte dazu führen, daß das zwischen den Gesellschaftern bestehende Vertrauensverhältnis gestört oder der Gesellschaft Schaden zugefügt wird. Denn auch die Erteilung einer Stimmrechtsvollmacht unterliegt - falls sie zu Recht erfolgt - dem Gebot der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht. Auswirkungen hat das insbesondere auf die Auswahl des Vertreters. Der Gesellschafter darf nur einen Bevollmächtigten bestellen, von dem zu erwarten ist, daß er sich den Pflichten in der Gesellschaft entsprechend verhält. Angehörige von Konkurrenzunternehmen scheiden von vornherein aus. Aber auch die Bevollmächtigung von Personen, deren Unzuverlässigkeit bekannt ist, oder die wegen mangelnder geschäftlicher Erfahrung nicht zu sachgemäßem Handeln in der Lage sind, verstieße gegen die Treuepflicht. Der Gesellschafter ist ferner verpflichtet, den Vertreter ausreichend zu instruieren, dabei aber gleichzeitig auf die Belange der Gesellschaft so weit wie möglich Rücksicht zu nehmen. Zu den Pflichten des Gesellschafters gehört es außerdem, das Auftragsverhältnis möglichst bald zu beenden, die Vollmacht zu widerrufen und sich wieder selbst

an den Abstimmungen zu beteiligen.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß ein Gesellschafter, der zur Hinzuziehung eines Bevollmächtigten berechtigt wäre, jede nicht unbedingt durch seine Behinderung gebotene Beeinträchtigung der Gesellschaftsinteressen vermeiden muß.¹⁾

Die dennoch bestehende Möglichkeit einer Gefährdung der gesellschaftlichen Belange ist zwar ausreichend, um den Gesellschafter auf Grund seiner Treuepflicht zur persönlichen Ausübung des Stimmrechts zu verpflichten, wenn er hierzu ohne besondere Schwierigkeiten in der Lage ist. Unter den vorliegenden Umständen belastet jedoch ein Bevollmächtigungsverbot den verhinderten Gesellschafter stärker als die Zulassung eines Bevollmächtigten die Mitgesellschafter betrifft. Das können die Mitgesellschafter angesichts der ihnen ebenfalls obliegenden Treuepflicht nicht unbeachtet lassen. Sie müssen vielmehr auf die besondere Situation des verhinderten Gesellschafters Rücksicht nehmen. Falls ihnen hieraus unmittelbar keine Nachteile drohen, so ist es ihnen zumutbar, ihr Interesse am Fernhalten außenstehender Dritter zurückzustellen und den Stimmrechtsbevollmächtigten des verhinderten Gesellschafters zuzulassen.

Es stellt sich hiernach die weitere Frage, ob sich diejenigen Fälle präzisieren lassen, in denen die Bevollmächtigung eines Dritten zur Stimmrechtsausübung zulässig ist. Versucht man einmal, gewisse typische Fälle herauszuheben, dann sind dies die bereits mehrfach erwähnten Fälle von Abwesenheit, Krankheit und geschäftlicher Unerfahrenheit. Auf sie soll deshalb im folgenden näher eingegangen werden.

1) Ein Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht zieht die Unwirksamkeit der Bevollmächtigung nach sich (vgl. Siebert-Knopp in Soergel-Siebert § 242 Anm.166 ff.; Staud.-Weber Bem.D 24 ff.; Palandt-Heinrichs § 242 Anm.1). Über das Handeln eines vollmachtlosen Vertreters vgl. unten S.98 ff.

3. a) Ist ein Gesellschafter schon bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages in geschäftlichen Dingen unerfahren, so wird sich allerdings der Gesellschafter hierauf nicht für alle Zukunft berufen können. Sind die Mitgesellschafter nicht bereit, ihm durch den Gesellschaftsvertrag die Hinzuziehung eines Stimmrechtsbevollmächtigten zu gestatten, so ist er, wenn er unter diesen Umständen nicht überhaupt auf den Abschluß des Gesellschaftsvertrages verzichtet, an diese Interessenbewertung auch später gebunden.¹⁾ Der Fall des geschäftlich unerfahrenen Gesellschafters, der auch ohne Zustimmung der Mitgesellschafter zur Erteilung einer Stimmrechtsvollmacht befugt ist, tritt am häufigsten dann auf, wenn ein Erbe an die Stelle eines Gesellschafters-Erblassers tritt. Ist hier eine Vertretung ausgeschlossen, so können Mißtrauen und persönliche Spannungen entstehen, die den Fortbestand der Gesellschaft überhaupt in Frage stellen. Der unerfahrene Gesellschafter ist zwar tatsächlich nicht gehindert, sein Stimmrecht wahrzunehmen. Zu einer sachgerechten Rechtsausübung ist er jedoch nicht in der Lage. Will er dennoch von seinem Stimmrecht Gebrauch machen, so ist er auf die Hilfe Dritter angewiesen. Darauf müssen die Mitgesellschafter Rücksicht nehmen. Ihr Interesse am Fernhalten gesellschaftsfremder Dritter fällt demgegenüber nicht ausschlaggebend ins Gewicht. Es muß zurücktreten, da es dem in seiner Rechtsausübung beeinträchtigten Gesellschafter nicht zumutbar ist, wegen der bloßen Möglichkeit einer Gefährdung der Gesellschaftsinteressen für dauernd auf eine sachgerechte Ausübung seines Stimmrechts zu verzichten. Wenn das Gesellschaftsverhältnis auf dem Vertrauen der Gesellschafter zueinander beruht, so gehört auch dazu, daß ein unzureichend erfahrener Gesellschafter sich von einem Wissenden vertreten lassen darf.²⁾ Die Mitgesell-

1) Vgl. hierzu auch unten S.80

2) Vgl. Heins, NJW 1948, 253

schafter werden hierdurch auch nicht in unzumutbarer Weise belastet, da der bevollmächtigende Gesellschafter insbesondere bei der Erteilung der Vollmacht und bei der Auswahl des Stellvertreters gehalten ist, die Interessen der Gesellschaft so weit wie möglich zu achten.

Der Gedanke A. Huecks,¹⁾ der geschäftlich unerfahrene Gesellschafter müsse sich eben, so gut er es könne, eine Ansicht bilden und sich im übrigen auf die Angaben und Vorschläge anderer Gesellschafter verlassen, kann jedenfalls dann nicht befriedigen, wenn die Unerfahrenheit - wovon hier ausgegangen wird - genereller Natur ist und sich nicht nur auf einen speziellen Gegenstand in einer konkreten Versammlung bezieht. Der unredlichen Stimmrechtsbeeinflussung würden Tür und Tor geöffnet. Es bliebe eine wesentliche Beeinträchtigung des Stimmrechts, wenn der unerfahrene Gesellschafter allein auf die Ratschläge seiner Mitgesellschafter angewiesen wäre. Wiedemann²⁾ räumt zwar ein, daß geschäftsunkundige Gesellschafter-Erben ein Interesse daran hätten, sich durch ihren Rechtsanwalt oder Wirtschaftsprüfer vertreten zu lassen. Das Interesse aller Gesellschafter an der Geheimhaltung gesellschaftsinterner Angelegenheiten gehe jedoch vor. Hierzu ist festzustellen, daß das Geheimhaltungsinteresse zwar durchaus als schutzwürdig anzuerkennen ist. Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer sind jedoch andererseits zur Verschwiegenheit verpflichtet. Im übrigen ist nicht einzusehen, warum Wiedemann zwar bei längerer Krankheit und Abwesenheit des Gesellschafters ausnahmsweise eine Bevollmächtigung zulassen will, nicht aber bei dessen geschäftlicher Unerfahrenheit.

Für die Zulässigkeit der Stimmrechtsausübung in solchen Fällen spricht auch die folgende Überlegung: Die Situation des wegen geschäftlicher Unerfahrenheit behinderten Gesellschafters ähnelt in

1) OHG-Recht, S.136

2) S.350

mancher Beziehung der eines Minderjährigen oder eines entmündigten Volljährigen, der Gesellschafter einer oHG ist. Da beiden die volle Geschäftsfähigkeit fehlt, sind auch sie daran gehindert, bei der Abstimmung persönlich mitzuwirken. Sie sind ebenfalls auf die Hilfe ihrer (gesetzlichen) Vertreter angewiesen und wären ohne diese vom gesellschaftlichen Leben ausgeschlossen. Während jedoch die herrschende Auffassung die Ausübung des Stimmrechts durch einen rechtsgeschäftlich bestellten Bevollmächtigten ablehnt, wird die Zulässigkeit der gesetzlichen Vertretung durch Eltern oder Vormund ganz allgemein anerkannt.¹⁾

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes ist die Zulassung eines gesetzlichen Vertreters "deshalb gerechtfertigt, weil hier nicht nur eine einzelne Herrschafts- oder Verwaltungsbefugnis von dem Anteilsrecht abgespalten wird, sondern die mit diesem Recht verbundenen Befugnisse in viel weiterem Umfange den erwähnten Personen, die in einem besonderen Verhältnis zu dem Gesellschafter stehen, zur Ausübung übertragen werden... Der gesetzliche Vertreter... übt die Befugnisse im Namen des Vertretenen in demselben Umfange, wie sie diesem zustehen, solange aus, als der Vertretene zu eigenem Handeln nicht in der Lage ist. Er hat dabei ausschließlich das Interesse des Vertretenen zu verfolgen, ersetzt also lediglich dessen fehlende Handlungsfähigkeit."²⁾

Es erscheint allerdings fraglich, die Zulässigkeit der gesetzlichen Vertretung unter anderem darauf zu stützen, daß bei ihr a l l e gesellschaftlichen Befugnisse des Vertretenen von dem Dritten wahrgenommen werden. Die Gebrechlichkeits- oder Abwesenheitspflugschaft für Geschäftsunfähige, bei der es sich ebenfalls um gesetzliche Vertretung handelt,³⁾ ist in ihrem Wirkungskreis

1) Vgl. Angaben oben S.2 Nr.2

2) MDR 1954,33

3) Vgl. KG NJW 1961, 2114 ff. (2117) mit zahlreichen Nachweisungen

beschränkt (vgl. §§ 1910, 1911 BGB). Ihre Zulässigkeit bei der Ausübung von Gesellschafterrechten ist aber ebenfalls unbestritten.¹⁾ Im übrigen wird auch ein geschäftlich unerfahrener oder gebrechlicher Gesellschafter seinen Bevollmächtigten nicht nur mit der Ausübung seines Stimmrechts, sondern mit der Wahrnehmung aller ihm zustehenden gesellschaftlichen Rechte betrauen, so daß der Gedanke einer vollen oder nur teilweisen Ausübungsüberlassung gesellschaftlicher Befugnisse nicht weiterhilft.

Ausschlaggebend für die Zulässigkeit der gesetzlichen Vertretung dürfte aber der Gedanke der fehlenden Handlungsfähigkeit und das dadurch bedingte besondere Schutzbedürfnis sein. Vom Gesetzgeber wird das bei Minderjährigen und entmündigten Volljährigen grundsätzlich vermutet und in weitem Umfange berücksichtigt (vgl. §§ 104 ff.i.V.m. §§ 1626, 1793, 1897 BGB). Dem sozialen Schutzzweck dieser Vorschriften entspricht es, wenn dem Bedürfnis des minderjährigen oder entmündigten Gesellschafters, an der Gesellschafterversammlung durch einen gesetzlichen Vertreter teilzunehmen, gegenüber dem Interesse der Gesellschaft, Dritte von den gesellschaftsinternen Angelegenheiten fernzuhalten, der Vorrang eingeräumt wird. Es fragt sich, ob diese Gedanken nicht auch auf einen geschäftlich unerfahrenen, aber volljährigen und geschäftsfähigen Gesellschafter Anwendung finden können.

Der geschäftlich unerfahrene Gesellschafter befindet sich hinsichtlich der Ausübung seiner gesellschaftlichen Rechte in einer ähnlichen Lage wie der minderjährige Gesellschafter. In diesem Zusammenhang sei an den von Heins²⁾ wiedergegebenen Fall erinnert. Der Witwe eines verstorbenen Gesellschafters, die plötzlich selbst Gesellschafterin geworden ist, fehlt jede Sachkenntnis. Sie ist unfähig, sich einen ausreichenden Überblick über die Gesellschafts-

1) Vgl. BGHZ 44, 98 = NJW 1965, 1961

2) NJW 1948, 253

angelegenheiten zu verschaffen und ihr oder der Gesellschaft dienliche Entscheidungen zu treffen. Wie der Minderjährige so ist auch sie zu eigenem sachgerechten Handeln nicht in der Lage und auf Dritte angewiesen.

Dem Minderjährigen fehlt es wegen seines jugendlichen Alters an der notwendigen Ausbildung und Erfahrung. Das dadurch bedingte besondere Schutzbedürfnis hat den Gesetzgeber veranlaßt, den betroffenen Personen bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres die (volle) Geschäftsfähigkeit generell vorzuenthalten und ihnen einen gesetzlichen Vertreter zur Seite zu stellen (vgl. §§ 2, 104 ff. BGB). Mit Eintritt der vollen Geschäftsfähigkeit ist jedermann berechtigt, alle Geschäfte selbst vorzunehmen. Ist er trotz Geschäftsfähigkeit - wie in unserem Beispiel die Witwe des verstorbenen Gesellschafters - wegen besonderer Umstände, z.B. wegen fehlender Ausbildung und mangelnder Erfahrung, nicht in der Lage, eine einzelne Angelegenheit oder einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten selbst zu besorgen, so kann er einen geeigneten Bevollmächtigten mit der Wahrnehmung dieser Aufgaben betrauen. Die sich aus den §§ 164 ff. BGB ergebende allgemeine Befugnis zur Vertreterbestellung erfüllt damit in bestimmten Fällen ebenfalls einen Schutzzweck, der mit dem der gesetzlichen Vertretung vergleichbar ist. In beiden Fällen muß daher das Bedürfnis der Gesellschaft nach dem Fernhalten Dritter zurücktreten. Wie der Minderjährige so kann auch der geschäftlich unerfahrene Gesellschafter nicht einfach sich selbst überlassen bleiben.

Eine besondere Situation entsteht, wenn nach dem Tode eines Gesellschafters an seiner Stelle mehrere Erben Gesellschafter werden (vgl. § 139 HGB). Sind sie von der Vertretung und Geschäftsführung ausgeschlossen, so werden sie häufig daran interessiert sein, ihr Stimmrecht durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten aus-

zuüben.¹⁾ Die übrigen Gesellschafter brauchen dies jedoch ohne ihr Einverständnis nicht hinzunehmen. Jeder einzelne Gesellschaftererbe ist mit der seinem Erbteil entsprechenden Quote des Kapitalanteils des Erblassers selbständiger Gesellschafter geworden und unterliegt damit auch der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht. Sie verlangt von ihm, seine gesellschaftlichen Rechte persönlich auszuüben. Etwas anderes muß allerdings auch hier gelten, wenn eine Interessenabwägung ergibt, daß die persönliche Stimmrechtsausübung durch den Gesellschaftererben auf besondere Schwierigkeiten stößt. Sind die Gesellschaftererben noch minderjährig, so sind ihre gesetzlichen Vertreter zur Ausübung des Stimmrechts berechtigt und verpflichtet. Besitzen diese nicht die notwendige Sachkenntnis, sind sie also nicht in der Lage, ihre Mündel ordnungsgemäß zu vertreten, so wird es auch im Interesse der Gesellschaft liegen, wenn ein sachkundiger Bevollmächtigter bestellt wird.

b) Wird ein Gesellschafter krank oder körperlich gebrechlich, so kann er möglicherweise an der täglichen Arbeit in der Gesellschaft nicht mehr selbst teilnehmen. Auch in diesem Fall bestehen zwar gegen eine Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten im Grundsatz die schon geschilderten Bedenken. Die Situation des verhinderten Gesellschafters ist jedoch besonders schwierig. Sieht der Gesellschaftsvertrag Mehrheitsbeschlüsse vor, so bliebe er ohne Stellvertretung dauernd von der Teilnahme an Gesellschafterversammlungen ausgeschlossen. Für den betroffenen Gesellschafter wäre das ein unerträglicher Zustand, der zwangsläufig zu Mißtrauen und persönlichen Spannungen führen müßte. Unter diesen Umständen wäre es geradezu widersprüchlich, dem Gesellschafter unter Hinweis auf das innerhalb der Gesellschaft bestehende Vertrauensverhältnis die Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten zu ver-

1) Vgl. hierzu RGZ 57,205; auch RGHZ 20,363 ff. und 46,291 ff.

sagen, da gerade durch das Abschneiden dieser Möglichkeit das gegenseitige Vertrauen besonders stark gefährdet wird. Das Verbot einer Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten würde praktisch zu einem teilweisen Ausschluß des Gesellschafters aus der Gesellschaft führen. Das wäre jedoch mit seiner rechtlich ungeschmälert gebliebenen Stellung in der Gesellschaft, vor allem aber mit seiner fortdauernden persönlichen Haftung unvereinbar.

Die Mitgesellschafter haben allerdings die Möglichkeit, den kranken und gebrechlichen Gesellschafter durch Gerichtsbeschluß gemäß § 140 HGB aus der Gesellschaft ausschließen zu lassen, da es diesem unmöglich geworden ist, seine sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden Verpflichtungen zu erfüllen (vgl. § 133 HGB). Diese Lösung des Problems wird jedoch schon wegen der dann erforderlichen Auseinandersetzung in den wenigsten Fällen den Interessen der Gesellschaft gerecht werden. Für eine Familiengesellschaft ist sie überhaupt unbefriedigend. Aber auch die Treuepflicht gegenüber dem betroffenen Gesellschafter und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangen nach einer anderen Lösung. Sie könnte möglicherweise in der Bestellung eines Gebrechlichkeitspflegers (§ 1910 BGB) zu finden sein. Die dazu erforderlichen Voraussetzungen liegen aber nicht vor, wenn - wie hier - der gebrechliche Gesellschafter seine Angelegenheiten durch einen Bevollmächtigten erledigen kann, den er selbst zu überwachen in der Lage ist.¹⁾ Ein Abwägen der Interessen unter dem Gesichtspunkt der gegenseitigen Treuepflicht führt deshalb auch hier zu dem Ergebnis, daß den Mitgesellschaftern wegen der besonders stark gefährdeten Belange des verhinderten Gesellschafters die Hinzuziehung eines Stimmrechtsbevollmächtigten zumutbar ist.²⁾ Sie dürfen daher den Bevollmächtigten von der Mitwirkung an der Abstimmung

1) Vgl. Palandt-Lauterbach § 1910 Anm.2b

2) Im Ergebnis ähnlich Wiedemann S.350; vgl. auch BGH LM Nr.8 zu § 109 HGB

nicht ausschließen.

Für die Zulässigkeit der Bevollmächtigung eines Dritten zur Stimmrechtsausübung läßt sich auch hier ein weiteres Argument anführen: Die Situation des kranken oder gebrechlichen Gesellschafters legt den Vergleich mit einem voll geschäftsfähigen Gesellschafter nahe, dem ein Gebrechlichkeitspfleger bestellt wurde. Die Ähnlichkeit beider Tatbestände ist hier besonders deutlich.

Eine Gebrechlichkeitspflegschaft umfaßt im Gegensatz zur elterlichen Gewalt und Vormundschaft nur die Fürsorge für besondere Angelegenheiten.¹⁾ Sie läßt die Geschäftsfähigkeit des Pflegebefohlenen grundsätzlich unberührt.²⁾ Bei dem Pfleger handelt es sich deshalb nicht um einen gesetzlichen Vertreter, sondern ebenfalls um einen (gerichtlich bestellten) Bevollmächtigten.³⁾ Nirgends aber werden Zweifel geäußert, daß auch der Gebrechlichkeitspfleger in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter des Gesellschafters dessen gesellschaftliche Rechte - und damit auch das Stimmrecht - ausüben darf.

Maßgebend hierfür ist allein - wie bei den Minderjährigen und entmündigten Volljährigen - der der Pflegschaft zugrunde liegende Schutzgedanke. Auf diesem Gesichtspunkt beruht auch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 21.6.1965.⁴⁾ In dem zu entscheidenden Fall stritten die Parteien über die Frage, ob und in welcher Weise eine (voll geschäftsfähige) Gesellschafterin ihre auf dem Gesellschaftsvertrag beruhenden, als solche unbestrittenen Mit-

1) Sie kann allerdings im Falle des § 1910 Abs.1 BGB sehr umfassend sein.

2) Vgl. aber § 53 ZPO.

3) So h.l. und Rspr.; vgl. BGHZ 48,147 ff.(161); KG NJW 1961,2114 ff.(2117) mit zahlreichen Nachweisungen; BayObLG NJW 1962,677 ff.(678); Dölle § 139 IV, § 141 V 2; Germer in Soergel-Siebert § 1910 Anm.15, § 1911 Anm.12; a.A. Gernhuber § 69 VI 4, VII 4

4) BGHZ 44,98 = NJW 1965,1961

wirkungs- und Kontrollrechte durch einen Vertreter (und zwar durch einen Pfleger) ausüben lassen kann, soweit sie sie wegen ihrer körperlichen Gebrechen nicht persönlich wahrnimmt. Das Gericht weist darauf hin, daß es sich bei der Pflegschaft um eine Form der vormundschaftlichen Fürsorge handle, die ebenso wie die Vormundschaft im engeren Sinne die Betreuung und Vertretung hilfsbedürftiger Personen zum Ziele habe und sich von der Vormundschaft hauptsächlich dadurch unterscheide, daß sie auf einzelne Angelegenheiten beschränkt sei oder für einen geschäftsfähigen Pflegling ausgeübt werde. Im letzteren Fall werde allerdings das Bedürfnis nach staatlicher Fürsorge, insbesondere zur Unterstützung des Pfleglings in rechtsgeschäftlichen Angelegenheiten, oftmals nicht in gleichem Maße gegeben sein wie bei geschäftsunfähigen oder geschäftsbeschränkten Personen. Soweit der Pflegebedürftige trotz seiner körperlichen oder geistigen Gebrechen tatsächlich dazu in der Lage sei, könne er persönlich oder durch einen von ihm bevollmächtigten Vertreter am Rechtsverkehr teilnehmen, und zwar (abgesehen vom Sonderfall der Prozeßvertretung nach § 53 ZPO) auch dann, wenn für ihn ein Pfleger nach § 1910 BGB bestellt sei. Wenn sich der Gesetzgeber veranlaßt gesehen habe, die Einrichtung der Pflegschaft auf solche Personen auszudehnen, die zwar gebrechlich, aber voll geschäftsfähig seien, beruhe dies auf der Erwägung, daß auch diese Personen vielfach auf die Hilfe eines staatlich bestellten Pflegers angewiesen seien, weil sie wegen ihrer Gebrechen oder auch aus wirtschaftlichen Gründen selbst nicht imstande seien, einen geeigneten Bevollmächtigten auszuwählen und hinreichend zu überwachen. Der Gesetzgeber habe also mit der Rechtseinrichtung der Gebrechlichkeitspflegschaft einen sozialen Schutzzweck verfolgt. Dieser Schutzzweck sei dem Interesse der Gesellschafter, familienfremde oder ihnen sonst nicht genehme Personen von der Wahrnehmung gesellschaftlicher An-

gelegenheiten auszuschließen, grundsätzlich übergeordnet. Es könne daher der Pfleger durch den Gesellschaftsvertrag oder einen Gesellschafterbeschuß von der Wahrnehmung der gesellschaftlichen Rechte eines Pfleglings im allgemeinen nicht ausgeschlossen werden.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs macht deutlich, wie nahe eine Gebrechlichkeitspflegschaft für voll Geschäftsfähige den Fällen steht, in denen ein Gesellschafter wegen körperlicher Gebrechen oder schwerer Krankheit selbst einen Dritten mit der Ausübung seines Stimmrechts beauftragen will. Beide Male ist der Gesellschafter aus schwerwiegenden Gründen an der persönlichen Ausübung seiner Rechte verhindert. Sie sind beide in gleichem Maße schutzwürdig. Im Falle der Pflegschaft ist allerdings der Gesellschafter - und das ist der einzige Unterschied - nicht einmal in der Lage, einen geeigneten Bevollmächtigten auszuwählen und hinreichend zu überwachen.¹⁾ Da aber diese Unfähigkeit nicht auch in der Gebrechlichkeit begründet sein muß - der Bundesgerichtshof läßt wirtschaftliche Gründe genügen -, schmilzt der Unterschied auf ein geringfügiges Minimum zusammen. Es wäre schwer verständlich, wenn einem gebrechlichen Gesellschafter, der bedürftig ist, ein Pfleger bestellt würde, derselbe Gesellschafter aber, bei dem ein derartiges Fürsorgebedürfnis nicht vorliegt, selbst keinen Bevollmächtigten beauftragen dürfte.

c) Es ist schließlich der Fall zu prüfen, daß ein Gesellschafter durch Abwesenheit an der persönlichen Stimmabgabe verhindert ist. Die Abwesenheit eines Gesellschafters wird allerdings nicht allzu häufig zu einer Situation führen, in der die Bevollmächtigung eines Dritten zur Stimmrechtsausübung als der einzige Ausweg erscheint. Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verlangt von

1) Vgl. Gernhuber § 69 VII 2; aber auch die Ausnahme in § 1911 Abs.1 Satz 2 BGB

jedem Gesellschafter in der Regel die persönliche Teilnahme an den Abstimmungen. Damit ist regelmäßig auch die persönliche Anwesenheit aller Gesellschafter erforderlich. Eine Abwägung der Interessen unter Berücksichtigung der gegenseitigen Treuepflicht kann daher nur dann zur Zulässigkeit einer Stimmrechtsbevollmächtigung führen, wenn der aus wichtigem Anlaß verhinderte Gesellschafter zuvor alle Möglichkeiten ausgenutzt hat, um sein Stimmrecht selbst auszuüben. Ist beispielsweise dem durch eine dringende Geschäftsreise verhinderten Gesellschafter bereits vorher der Termin der Gesellschafterversammlung bekannt, so muß er sich zunächst um deren Verlegung bemühen. Sollte dies aus besonderen Gründen nicht möglich sein, so hat der Gesellschafter zu prüfen, ob sich die Reise zu einem anderen Zeitpunkt durchführen läßt. Erst wenn auch diese Möglichkeit ausscheidet und eine gütliche Einigung nicht zustandekommt, wird man den Gesellschafter als befugt ansehen können, auch gegen den Willen der Mitgesellschafter einen ihnen zumutbaren Dritten mit der Ausübung seines Stimmrechts zu beauftragen.¹⁾ Wird eine Abstimmung erst während der Abwesenheit des Gesellschafters erforderlich und ist für diesen Fall keine besondere Vorsorge getroffen und auch eine Verständigung mit dem Gesellschafter nicht möglich, so verlangt die gegenseitige Treuepflicht, daß die Abstimmung auf einen späteren Zeitpunkt verschoben wird. Eine zulässigerweise mit Mehrheit dennoch vorgenommene Beschlußfassung ist zwar gültig. Der in ihr liegende Treueverstoß verpflichtet aber unter Umständen zum Schadensersatz. Ist die Entscheidung dagegen unaufschiebbar, so stellt sich die Frage, ob ein vom Gesellschafter für seine Abwesenheit allgemein beauftragter Vertreter heranzuziehen ist. Handelt es sich um einen der Gesellschaft seiner Person nach zumutbaren Bevollmächtigten, so wird das zu bejahen sein. Ist das nicht der Fall oder ist überhaupt kein

1) Im Ergebnis ähnlich Wiedemann S.350

Vertreter berufen, so ist gemäß § 1911 Abs.2 BGB vom Vormundschaftsgericht ein Abwesenheitspfleger zu bestellen. Das erforderliche Fürsorgebedürfnis liegt zwar nur vor, wenn die Anordnung der Pflegschaft zumindest auch im Interesse des Abwesenden liegt. Das wird aber regelmäßig der Fall sein. Die Mitgesellschafter können dem Vormundschaftsrichter für die Person des Pflegers Vorschläge machen. Wie jedes gesellschaftliche Verhalten so unterliegt auch die Wahrnehmung dieser Möglichkeit der Treuepflicht. Sie müssen eine Person benennen, die auch das Vertrauen des abwesenden Gesellschafters genießt. Der Rechtsanwalt oder Wirtschaftsprüfer des Gesellschafters erscheint wiederum am geeignetsten.

Die Zulässigkeit der Abwesenheitspflegschaft spricht im übrigen auch hier dafür, daß es dem dringend abwesenden Gesellschafter gestattet sein muß, sich bei der Ausübung seines Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten vertreten zu lassen. Das für den Gebrechlichkeitspfleger Gesagte gilt entsprechend.

Rechtsprechung und herrschende Lehre müssen von ihrem Standpunkt aus konsequenterweise zu einem anderen Ergebnis gelangen. Da sie die Bevollmächtigung zur Ausübung des gesellschaftlichen Stimmrechts grundsätzlich für unzulässig halten, ist der Gesellschafter auch dann an der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten verhindert (§ 1911 Abs.2 BGB), wenn er trotz seiner Abwesenheit zur Bestellung eines Vertreters in der Lage wäre. Ist er auch an der Rückkehr verhindert, so müßte ihm für die Ausübung des Stimmrechts ein Pfleger bestellt werden. Ein sonderbares Ergebnis: Obwohl der Gesellschafter voll geschäftsfähig ist, wird der Vertreter vom Gericht bestellt. Dies ist noch weniger einleuchtend, wenn man bedenkt, daß der von Rechtsprechung und herrschender Lehre mit dem Verbot der Bevollmächtigung verfolgte Zweck, Dritte von den internen Gesellschaftsvorgängen fernzuhalten, bei der Anordnung einer Pflegschaft ebensowenig berücksichtigt werden kann wie bei

der Bestellung eines Bevollmächtigten durch den abwesenden Gesellschafter. Die Anordnung einer Pflegschaft bringt darüber hinaus noch weit eher als die Bevollmächtigung die Gefahr mit sich, daß die ausgewählte Person nur mangelhaft instruiert oder überhaupt zur Ausübung gesellschaftlicher Rechte ungeeignet ist. Wie in den Fällen von geschäftlicher Unerfahrenheit und Gebrechlichkeit so ist es auch hier nur ein kleiner Schritt, neben der Pflegschaft auch die Zulässigkeit der Bevollmächtigung anzuerkennen. An den verschiedenen äußeren Rechtsformen sollte er nicht scheitern.

4. Als Ergebnis kann zusammenfassend festgestellt werden, daß die sich aus den §§ 164 ff.BGB ergebende Befugnis, sich bei allen Rechtsgeschäften vertreten zu lassen, für die Ausübung des Stimmrechts in der oHG als allgemeiner Grundsatz nicht gilt, daß die Bevollmächtigung aber unter bestimmten Voraussetzungen möglich sein muß. Eine Bevollmächtigung zur Stimmrechtsausübung ist dann zulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gegenseitigen Treuepflichten bei der gegebenen beiderseitigen Interessenlage den übrigen Gesellschaftern zumutbar erscheint.

Das Ergebnis läßt sich auch in der Formel zusammenfassen: Die Befugnis, sich in der oHG bei der Ausübung des Stimmrechts durch einen Dritten vertreten zu lassen, wird dann zu bejahen sein, wenn ein "wichtiger Grund" vorliegt. Denn auch dort, wo der Gesetzgeber auf den "wichtigen Grund" abstellt, sei es bei der Kündigung, sei es bei der Ausschließung, sei es bei der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis, zwingt diese Formel stets dazu, ausgehend von den gegenseitigen Treuepflichten eine Interessenabwägung vorzunehmen, deren Ergebnis sich dann unter Zuhilfenahme des Maßstabs der Zumutbarkeit bestimmen läßt.

Damit gewinnt die hier vorgeschlagene Lösung den Anschluß an ein

für das Gesellschaftsrecht mannigfach erprobtes Kriterium, wenn auch zuzugeben ist, daß damit die Problematik der Abgrenzung im Einzelfall nicht ausgeräumt ist. Man wird es aber als einen Vorzug der hier vorgeschlagenen Lösung ansehen dürfen, wenn anstelle des bloßen Hinweises auf die Entscheidung des Einzelfalles der Weg aufgezeigt wird, auf dem sich durch ein Abwägen der gegenseitigen Treuepflichten bei der gegebenen Interessenlage eine Entscheidung des Einzelfalles in hohem Maße rational finden läßt. Jedenfalls kann gegen das Ergebnis nichts Gewichtigeres eingewendet werden als sich auch in den anderen Fällen einwenden ließe, in denen der Gesetzgeber auf den "wichtigen Grund" zurückzugreifen sich gezwungen sieht.

E Eigene Regelungen der Gesellschafter

Die Gesellschafter können nun allerdings die Ausübung der sich aus ihrem Verhältnis zueinander ergebenden Mitverwaltungsrechte auch selbst regeln. Dies ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatz der Vertragsfreiheit, der auch für das Gesellschaftsrecht gilt.¹⁾ Für die oHG sagt zudem § 109 HGB, daß das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander in erster Linie von dem Gesellschaftsvertrage bestimmt wird. Dessen inhaltliche Gestaltung ist keinen besonderen gesetzlichen Beschränkungen unterworfen.

Zunächst können die Gesellschafter die Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten entweder allgemein zulassen oder von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen. Sie haben aber auch die Möglichkeit, die Bevollmächtigung für unzulässig zu erklären, da die gesetzliche Regelung über die Zulässigkeit der gewillkürten Stellvertretung bei allen Willenserklärungen dispositiv ist.²⁾

I. Zulässigkeit der Bevollmächtigung bei Einverständnis der Gesellschafter

Stimmen die Gesellschafter der Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten zu, so ist die Zulässigkeit der Stellvertretung unproblematisch. Die Gesellschafter nehmen in diesem Fall die aus der Bevollmächtigung eines Gesellschaftsfremden sich möglicherweise ergebende Gefährdung des gegenseitigen Vertrauensverhältnisses auf sich. Die Bedenken, die sich aus einer Beeinträchtigung der Gesellschaftsinteressen ergeben könnten, treten damit zurück. Die Bevollmächtigung eines Dritten zur Ausübung des Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung ist deshalb unter der genannten Voraussetzung als zulässig anzusehen.³⁾

1) Vgl. Reichel S.86

2) So auch L.Zander S.25

3) Insoweit besteht daher mit der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre Übereinstimmung.

Die Zustimmung der Gesellschafter zur Ausübung des Stimmrechts durch einen Dritten kann in verschiedener Form zum Ausdruck kommen. Zunächst kann der Gesellschaftsvertrag selbst dem einzelnen Gesellschafter das Recht einräumen, sich durch einen Bevollmächtigten vertreten zu lassen. Diese vertragliche Zulassung kann ganz allgemein gehalten sein, wird aber meist nähere Bestimmungen über die Person des Bevollmächtigten, die Abstimmungsgegenstände, bei denen eine Bevollmächtigung möglich sein soll, und die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Stellvertretung treffen (z.B. Beschränkung auf Mitgesellschafter oder Familienangehörige, keine Abstimmungen des Vertreters über besonders wichtige Angelegenheiten, Nachweis einer schriftlichen Vollmacht usw.).¹⁾

Es bestehen allerdings Bedenken, soweit R.Heinsheimer²⁾ eine Zulassung der Bevollmächtigung durch den Gesellschaftsvertrag - a maiore ad minus - auch dann annehmen will, wenn der Gesellschaftsvertrag dem betreffenden Gesellschafter das Recht einräumt, andere Personen an seiner Statt Gesellschafter werden zu lassen. Der Schluß, den Heinsheimer zieht, kann nicht überzeugen, wenn man berücksichtigt, daß der Bevollmächtigte - im Gegensatz zu einem neuen Gesellschafter - nicht an den Gesellschaftszweck gebunden ist und ohne eigenes Risiko die Haftung aller Gesellschafter beeinflussen kann. Damit sprechen gegen seine Zulassung unter den genannten Umständen dieselben Gründe wie auch sonst.

Der Gesellschaftsvertrag kann auch nachträglich durch eine entsprechende Vorschrift ergänzt werden. Eine solche den Vertrag ergänzende Vereinbarung wird häufig stillschweigend zustandekommen; die wiederholte ausdrückliche Zulassung eines Bevollmächtigten im Einzelfall wird man jedenfalls in diesem Sinne deuten können.³⁾

1) Vgl. hierzu Flechtheim in Dür.-Hach.II/2 § 114 Anm.3; Fiegler S.62

2) S.107 Nr.131

3) Vgl. Flechtheim in Dür.-Hach.II/2 aaO. Zur Änderung des Gesellschaftsvertrages durch langdauernde Übung vgl. BGHZ 49,364.

Schließlich können die Gesellschafter auch dann, wenn der Vertrag keine entsprechende Bestimmung enthält, im konkreten Fall je nach Bedarf durch gemeinsamen Beschluß eine Bevollmächtigung durch Stimmrechtsausübung zulassen, ohne den Vertrag abzuändern. Ein derartiger Beschluß kann ebenfalls stillschweigend zustandekommen, indem etwa die Gesellschafter das Tätigwerden eines Bevollmächtigten ohne Widerspruch dulden. Schweigen gilt zwar auch im Gesellschaftsrecht grundsätzlich als Ablehnung. Im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses ist jedoch nach dem Prinzip von Treu und Glauben anzunehmen, daß die Gesellschafter ausdrücklich widersprochen haben würden, wenn sie mit einer Ausübung des Stimmrechts durch einen Vertreter nicht einverstanden gewesen wären. Ihr Schweigen ist deshalb als zustimmende Willenserklärung aufzufassen.¹⁾ Haben die Gesellschafter die Ausübung des Stimmrechts durch einen Vertreter zugelassen, so ist jedenfalls eine nachträgliche Beanstandung nicht mehr möglich.²⁾ Dies verstieße gegen den sich aus Treu und Glauben ergebenden Grundsatz des "venire contra factum proprium".

II. Ausschluß der Bevollmächtigung durch die Gesellschafter

1. Die Gesellschafter können sich im Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluß in einem konkreten Einzelfall verpflichten, das ihnen zustehende Stimmrecht nur persönlich auszuüben. Die Aufnahme einer entsprechenden Vorschrift in den Vertrag wird sich vor allem für Familiengesellschaften empfehlen, bei denen ein besonders starkes Bedürfnis danach besteht, Gesellschaftsfremde fernzuhalten. Jeder Streit über die Zulässigkeit einer Bevollmächtigung wird hierdurch von vornherein vermieden. Die Stimmrechtsausübung durch

-
- 1) Im Ergebnis ebenso: RGZ 123, 289 ff.(300); Schultze-v.Lasaulx in Soergel-Siebert § 709 Anm.35; Fischer in BGB-RGRK § 709 Anm. 11; ders., Anm. zu BGH LM Nr. 1 zu § 105 HGB; Fiegler S.63
- 2) Vgl. RGZ 123, 289 ff.(300); Geiler in Dür.-Hach.II/1 Anm. 126a; Fiegler aaO

einen Bevollmächtigten wird damit kraft Rechtsgeschäfts unzulässig.

Die Gesellschafter können eine Bestimmung über den Ausschluß der Vertretung bei der Stimmrechtsausübung auch nachträglich in den Gesellschaftsvertrag einfügen. Sie sind ebenso befugt, die Bestimmung durch Änderung des Gesellschaftsvertrages sowie durch derogierende Gesellschaftsobservanz jederzeit abzuändern oder wieder aufzuheben.¹⁾ Eine Aufhebung des Verbots wirkt im Zweifel nur ex nunc. Die früher durch Bevollmächtigte abgegebenen Stimm-
erklärungen bleiben also unwirksam. Wollen die Gesellschafter eine rückwirkende Aufhebung, so müssen sie dies deutlich zum Ausdruck bringen. In diesem Falle werden frühere ungültige Stimmabgaben nachträglich wirksam.

Es fragt sich allerdings, ob ein vertraglicher Ausschluß der Bevollmächtigung unbegrenzt gelten kann. Dabei ist an die Tatbestände zu denken, bei denen wir trotz Fehlens einer eigenen Regelung durch die Gesellschafter die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten als zulässig angesehen haben, da ein wichtiger Grund vorlag (geschäftliche Unerfahrenheit, Krankheit, Gebrechlichkeit, Abwesenheit). Zunächst ist der Fall zu betrachten, daß beim Abschluß eines Gesellschaftsvertrages erwogen wird, die Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten mittels einer besonderen Vertragsklausel auszuschließen, und daß einer der Gesellschafter bereits zu diesem Zeitpunkt krank und gebrechlich ist. Hier kann sich der betroffene Gesellschafter nicht darauf berufen, er werde durch die fragliche Bestimmung in unbilliger Weise belastet. Es ist ihm zuzumuten, entweder auf die Teilnahme an der oHG zu verzichten oder sich der Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag anzuschließen. Gegen den beabsichtigten Ausschluß der Vertretung können deshalb keine Bedenken bestehen.

1) Vgl. hierzu Reichel S.94 ff.

Tritt einer der genannten Tatbestände nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages ein, so muß der vereinbarte Ausschluß der Zulässigkeit von Bevollmächtigungen grundsätzlich ebenfalls gültig bleiben. Nach der allgemeinen Regel, daß Verträge einzuhalten sind, hat der betroffene Gesellschafter die Nachteile einer freiwillig übernommenen vertraglichen Verpflichtung zu tragen. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten zur Ausübung des Stimmrechts ist daher unzulässig.

Zu einem anderen Ergebnis wird man aber dann kommen müssen, wenn der Eintritt des Hinderungsgrundes nicht vorauszusehen war und eine fortdauernde Bindung dazu führt, daß der betroffene Gesellschafter nunmehr dauernd oder doch für längere Zeit von der Ausübung seiner Mitverwaltungsrechte ausgeschlossen bleibt. Den Gesellschafter auf die Möglichkeit der Kündigung zu verweisen - mit der Folge der Auflösung der Gesellschaft (§ 131 HGB) oder des Ausscheidens des Kündigenden (§ 138 HGB) -, wird in den meisten Fällen keine sachgerechte Lösung sein. Ein weiteres Festhalten an dem vertraglich vereinbarten Verbot der Bevollmächtigung eines Dritten ist ihm andererseits nicht zumutbar. Die Anwendung der Grundsätze über den Fortfall der Geschäftsgrundlage führt hier dazu, daß die Vertragsklausel im konkreten Fall nicht anzuwenden ist.¹⁾ Das hat allerdings nicht zur Folge, daß der verhinderte Gesellschafter nun ohne weiteres einen Dritten mit der Ausübung seines Stimmrechts beauftragen darf. Es ist vielmehr nur der Zustand hergestellt, als enthalte der Gesellschaftsvertrag keine derartige Bestimmung, als sei die Bevollmächtigung Dritter zur Ausübung von Mitverwaltungsrechten überhaupt nicht geregelt. Die sich sodann für eine eventuelle Zulässigkeit der Bevollmächtigung ergebenden Fragen sind bereits erörtert worden.²⁾

1) Vgl. auch Reichel S.78,80

2) Vgl. oben S.59 ff.

Es ist schließlich der Fall zu bedenken, daß erst nachträglich in den Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung eingefügt werden soll, die eine Bevollmächtigung Dritter zur Ausübung von Gesellschafterrechten untersagt. Ist einer der Gesellschafter bereits zu diesem Zeitpunkt dauernd krank oder gebrechlich, stimmt er der beabsichtigten Regelung aber zu, so wird er sich nachträglich nicht darauf berufen können, er sei durch sie in unzumutbarer Weise belastet. Etwas anderes gilt aber möglicherweise dann, wenn für die Abänderung des Gesellschaftsvertrages ein Mehrheitsbeschluß genügt und der behinderte Gesellschafter überstimmt wird. Wollte man ihn an dem Beschluß festhalten, so wäre er fortan weitgehend der Willkür der übrigen Gesellschafter ausgeliefert. Das aber verstieße gegen das Gebot der guten Sitten. Der Beschluß ist daher nichtig (§ 138 BGB). Dies gilt insbesondere dann, wenn der Beschluß gerade darauf abzielt, den behinderten Gesellschafter möglichst von einer weiteren Mitwirkung in der Gesellschaft fernzuhalten. Die Unwirksamkeit des Beschlusses hat allerdings - wie oben - auch hier nur die Wirkung, daß die Frage nach der Zulässigkeit der Bevollmächtigung eines Dritten zur Ausübung des Stimmrechts in der Weise zu beurteilen ist, als enthalte der Gesellschaftsvertrag hierüber keine Bestimmung.

2. Bei einem Verstoß fragt es sich, welche Wirkungen die Klausel über den Ausschluß von Bevollmächtigungen hat. Trotz vertraglichen Verbots beauftragt beispielsweise ein Gesellschafter seinen Rechtsanwalt, ihn in der nächsten Gesellschafterversammlung bei der Ausübung des Stimmrechts zu vertreten. Ist die von ihm als Bevollmächtigten abgegebene Stimme voll wirksam und sind die Gesellschafter lediglich auf die Geltendmachung von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen angewiesen?¹⁾ Hat die Vereinbarung also nur verpflichtende Wirkung? Oder ist die abgegebene Stimme

1) So offenbar R.Heinsheimer S.107

ohne weiteres rechtsunwirksam? Erweist sich ersteres als zutreffend, so hätte ein vertraglicher Ausschluß von Bevollmächtigungen wenig Sinn, da die pflichtwidrig durch einen Bevollmächtigten abgegebene Stimme trotzdem wirksam wäre. Für die Gesellschaft wird es in der Regel auch uninteressant sein, gegen den ungetreuen Gesellschafter mit Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüchen vorzugehen. Eine Naturalrestitution scheidet aus. Der Nachweis eines gerade durch die Vertreterabstimmung entstandenen materiellen Schadens wird der Gesellschaft nur selten gelingen. Unterlassungsansprüche können allenfalls für die Zukunft Abhilfe schaffen. Bei dieser Sachlage entspräche den Interessen der Gesellschaft nur eine volle Unwirksamkeit der durch einen Bevollmächtigten abgegebenen Stimme. Allein dies wird daher von den Gesellschaftern bei der Abrede über die Unzulässigkeit von Bevollmächtigungen auch gewollt sein.¹⁾

Es ist allerdings zu prüfen, ob dem Willen der Gesellschafter die beabsichtigte Rechtswirkung zukommt. Der Gesetzgeber hat vertragliche Vereinbarungen über die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften verschieden beurteilt. Ein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot z.B. äußert gemäß § 137 BGB Dritten gegenüber keine Wirkung; verbotswidrige Verfügungen sind also voll wirksam. Wohl aber wirkt es gegen den Inhaber des Rechts selbst, der sich bei einem Verstoß unter Umständen schadensersatzpflichtig macht. Diese Regelung bewirkt Klarheit und Sicherheit des Rechtsverkehrs. Ein vertraglicher Ausschluß der Abtretbarkeit von Forderungen macht dagegen

1) Gemäß § 133 BGB wird man das selbst dann annehmen dürfen, wenn sich die Gesellschafter bei Abschluß des Vertrages in Unkenntnis der rechtlichen Bedeutung i.S. einer bloß verpflichtenden Wirkung ausgesprochen haben, etwa mit folgenden Formulierungen: die Gesellschafter "verpflichten" sich, ihre Stimme nur persönlich abzugeben; das Stimmrecht "darf" nur persönlich ausgeübt werden; ein Dritter "soll" mit der Wahrnehmung des Stimmrechts nicht beauftragt werden (vgl. Reichel S.92).

die dennoch vorgenommene Abtretung zumindest dem Schuldner gegenüber unwirksam (§ 399 BGB). Umstritten ist, ob die Unwirksamkeit auch Dritten, z.B. den Gläubigern des Abtretenden gegenüber wirkt.¹⁾ Da ein vertraglicher Ausschluß der Abtretbarkeit lediglich dem Schutz des Schuldners dient, wird man diese Frage verneinen müssen. Ein vertragliches Aufrechnungsverbot schließlich ist voll wirksam, da die Interessen Dritter nicht berührt werden.

Die Frage nach der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit verbotswidrig vorgenommener Rechtsgeschäfte beantwortet sich also für die genannten Fälle danach, ob die Sicherheit des Rechtsverkehrs beeinträchtigt wird oder nicht. Es erscheint richtig, dieses Kriterium auch dann heranzuziehen, wenn der Gesellschaftsvertrag eine Vertretung in der Stimmrechtsausübung ausschließt und einer der Gesellschafter trotzdem einen Bevollmächtigten beauftragt. Die Ausübung des Stimmrechts vollzieht sich auf den Gesellschafterversammlungen im Kreise der Gesellschafter, ist also ein gesellschaftsinterner Vorgang, der das Verhältnis der Gesellschafter zueinander nicht verläßt. Dritten gegenüber wird das Stimmrecht in keinem Falle ausgeübt. Der Bevollmächtigte selbst ist in diesem Sinne kein Dritter, da er lediglich das Stimmrecht eines Gesellschafters ausüben, sich also nur an dessen Stelle setzen will. Die Sicherheit des Rechtsverkehrs wird demnach für den Fall der Unwirksamkeit der Vertreterhandlung nicht beeinträchtigt. Gegen den Eintritt der von den Gesellschaftern gewollten Rechtsfolgen ist damit nichts einzuwenden. Die Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten ist unwirksam und bleibt unbeachtlich, wenn der Gesellschaftsvertrag die Zulässigkeit von Bevollmächti-

1) Vgl. RGZ 136, 395 ff. (399); Löscher in BGB-RGRK § 399 Anm. 4 ff.; Enn.-Lehmann § 78 IV 2; Esser § 55 II 6, S. 405 f.

gungen ausdrücklich ausschließt.¹⁾ Der vertretene Gesellschafter ist so zu behandeln, als hätte er sein Stimmrecht nicht ausgeübt.

3. Im Hinblick auf folgende Fallgestaltung wird man diese These allerdings noch ergänzen müssen. Ein Gesellschafter, der eine kurze Geschäftsreise antreten will, beauftragt seine Ehefrau, auf der in seiner Abwesenheit stattfindenden Gesellschafterversammlung sein Stimmrecht auszuüben. Dies geschieht auch. Keiner der Gesellschafter - auch der Vertretene nicht - erinnert sich des vor langer Zeit im Gesellschaftsvertrag bestimmten Vertretungsverbots und beanstandet die Bevollmächtigung. Ist die Ausübung des Stimmrechts durch die Bevollmächtigte trotzdem unwirksam? Ist damit für den Fall, daß ein Beschluß aller Gesellschafter erforderlich war, die ganze Abstimmung ungültig? Können sich die Gesellschafter auf die Verbotsvorschrift des Gesellschaftsvertrages berufen?

Ginge man allein von den bisher entwickelten Gedanken aus, so wären die Fragen zu bejahen: Die von der Bevollmächtigten abgegebene Stimme ist ungültig und rechtlich unbeachtlich. War eine Stimmabgabe durch alle Gesellschafter erforderlich, so ist überhaupt kein Beschluß zustandegekommen, da die Stimme des vertretenen Gesellschafters fehlt. Jeder einzelne Gesellschafter kann sich auf die Unwirksamkeit der Vertreterhandlung und der ganzen Abstimmung berufen.

Dieses Ergebnis erscheint unbillig und wird den Interessen der Gesellschaft nicht gerecht. Sie haben auf der Versammlung keinen Anstoß daran genommen, daß die Ehefrau eines Mitgesellschafters

1) Damit ist allerdings noch nichts über die Gültigkeit der Vollmacht und des ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts gesagt. Man wird beides als wirksam ansehen müssen, da der Gesellschafter durch eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages nicht gehindert sein kann, sein Rechtsverhältnis zu Dritten frei zu gestalten, mit diesen etwa Verträge abzuschließen, z.B. Aufträge, Geschäftsbesorgungsverträge usw.

dessen Stimmrecht ausübt. Sie würden sich wundern, wenn man sie nachträglich unter Bezugnahme auf das Vertretungsverbot ihres Gesellschaftsvertrages darauf hinwiese, daß nicht nur die Stimmrechtsausübung der Ehefrau, sondern u.U. die ganze Abstimmung unwirksam ist. Das haben die Gesellschafter trotz des vereinbarten Vertretungsverbots nicht gewollt. Es fragt sich deshalb, ob die Stimmrechtsausübung durch die Bevollmächtigte dem Willen der Gesellschafter entsprechend als wirksam behandelt werden kann.

Eine "stillschweigende" Abänderung des Gesellschaftsvertrages wird man allerdings nicht annehmen können. Ein dahingehender Wille der Gesellschafter läßt sich aus der in einem Einzelfall unbeantwortet gebliebenen Stimmrechtsausübung durch einen Bevollmächtigten nicht schließen.¹⁾ Es drängt sich jedoch eine andere Überlegung auf. Die Gesellschafter verbieten im Gesellschaftsvertrag nur deshalb die Stimmrechtsausübung durch einen Vertreter, um die Gesellschaft vor dem Eindringen Fremder zu schützen. Die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit können deshalb im Einzelfall jederzeit auf diesen Schutz verzichten und auch eine Vertretererklärung gelten lassen. Ihr Schweigen bewirkt daher das Zustandekommen eines entsprechenden Beschlusses.²⁾ Die rechtliche Möglichkeit einer solchen Verhaltensweise, die an sich im Widerspruch zum Gesellschaftsvertrag steht, ergibt sich aus der den Gesellschaftern zustehenden Befugnis, die lediglich ihr Innenverhältnis berührenden Fragen weitgehend nach eigenen Vorstellungen zu regeln. Die Sicherheit des Rechtsverkehrs wird dadurch nicht beeinträchtigt, da die rechtlichen Interessen Dritter unberührt bleiben. Dulden demnach die Gesellschafter die Rechtsausübung des Bevollmächtigten, so ist die durch ihn abgegebene Stimme als gültig anzusehen. Die Wirkungen eines vertraglichen Ausschlusses von Stimmrechtsbe-

1) Zur Änderung des Gesellschaftsvertrages durch langdauernde Übung vgl. oben S.78

2) Vgl. hierzu oben S.79

vollmächtigungen durch die Gesellschafter treten somit nur dann ein, wenn die Bevollmächtigung oder der Vertreter zurückgewiesen wird. Fehlt es an einer Zurückweisung, so ist die von dem Bevollmächtigten im Namen des abwesenden Gesellschafters abgegebene Stimme gültig. Wird er dagegen zurückgewiesen - und sei es nur durch einen Gesellschafter -, so ist sie unwirksam.¹⁾

Das Erfordernis der Zurückweisung vermeidet eine weitere Schwierigkeit. Zu einer vorgesehenen Beschlußfassung ist beispielsweise eine Stimmabgabe durch alle Gesellschafter erforderlich. Läßt sich einer - von den Mitgesellschaftern unbeanstandet - durch einen Rechtsanwalt vertreten, so wäre der gesamte Beschluß unwirksam, wenn man auf das Erfordernis der Zurückweisung verzichtete. Beriefe sich nun einer der Gesellschafter nachträglich auf die Unwirksamkeit und verlangte er Rückgängigmachung des bereits ausgeführten Beschlusses, so geriete die Gesellschaft in Bedrängnis. Der alte Zustand würde sich häufig nur mit großem Schaden für die Gesellschaft (und damit auch für die Mitgesellschafter) herstellen lassen. Ein derartiges Ergebnis ist für die Gesellschaft nicht tragbar.

Wird der Bevollmächtigte nicht zurückgewiesen, so ist auch ein nachträgliches Beanstanden nicht mehr möglich. Dies gilt für die Mitgesellschafter und erst recht für den vertretenen Gesellschafter selbst. Wollen sie jedoch gemeinsam die Vertreterhandlung nicht gelten lassen, so besteht, da wiederum nur das Innenverhältnis berührt wird, kein Grund, diesem Willen nicht zu entsprechen. Die Stimmabgabe des Bevollmächtigten kann zwar auf diese Weise nicht nachträglich unwirksam werden. Die Gesellschafter sind aber nicht gehindert, sie unter sich als ungültig zu behandeln. Auch dies folgt aus der Möglichkeit, das Innenverhältnis im Rahmen der Gesetze frei zu gestalten.

1) Ähnlich auch Reichel S.93, für den Verein S.89

III. Ergebnis

Die Frage nach der Zulässigkeit der Ausübung des gesellschaftlichen Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten bietet verhältnismäßig geringe Schwierigkeiten, wenn die Gesellschafter - im Gesellschaftsvertrag oder in einem konkreten Einzelfall durch Beschluß - selbst eine Regelung treffen. Wird hierin eine Bevollmächtigung zugelassen, so kann jeder Gesellschafter nach Maßgabe dieser Regelung einen Bevollmächtigten hinzuziehen. Nach dem Grundsatz "volenti non fit iniuria" können dagegen aus einer möglichen Gefährdung des zwischen den Gesellschaftern bestehenden Vertrauensverhältnisses keine Bedenken hergeleitet werden. Auf die sonst stets problematische Abwägung der beiderseitigen Interessen kommt es hier nicht an. Zulässig ist auch eine Vereinbarung über den Ausschluß von Bevollmächtigungen. Die Wirksamkeit einer solchen Regelung findet ihre Grenze an dem Gebot der guten Sitten und den Grundsätzen über den Fortfall der Geschäftsgrundlage. Die Stimmabgabe durch einen Dritten, der im Widerspruch zu dem Verbot bevollmächtigt worden ist, ist unwirksam. Voraussetzung ist allerdings, daß die Gesellschafter die Mitwirkung des Bevollmächtigten zurückweisen.

F Die befugte Stimmrechtsausübung durch einen Dritten

I. Formlosigkeit der Vollmacht, aber Anwendung des § 174 BGB

Ist ein Gesellschafter berechtigt, zur Ausübung seines Stimmrechts einen Bevollmächtigten hinzuzuziehen, so ist für die rechtliche Gestaltung der Durchführung von den allgemeinen Vorschriften der §§ 164 ff. BGB auszugehen. Die Erteilung der Vollmacht bestimmt sich nach § 167 Abs. 1 BGB. Sie erfolgt hiernach durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder demjenigen, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll. Da die Vorschrift des § 167 Abs. 1 BGB abdingbar ist, können hierüber im Gesellschaftsvertrag auch nähere Bestimmungen getroffen werden. Die Gesellschafter werden dabei aus Gründen der Rechtssicherheit regelmäßig nicht den Dritten, sondern sich selbst zum notwendigen Erklärungsempfänger bestimmen.¹⁾ Die Bevollmächtigung ist in diesem Falle an die geschäftsführenden Gesellschafter

1) Erteilt im Widerspruch hierzu der betroffene Gesellschafter die Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Dritten, so kann die Wirksamkeit dieser Erklärung zweifelhaft sein. Die Vorschrift des § 125 Satz 2 BGB ist allerdings nicht anwendbar, da es nicht um die "Form" einer Willenserklärung, sondern um deren richtigen Adressaten und damit um eine inhaltliche Bestimmung geht. Gleichwohl wird man gemäß § 305 BGB den sich aus dem Vertrag ergebenden Willen der Gesellschafter respektieren und einer solchen "Bevollmächtigung" die Wirksamkeit versagen müssen. Die Gesellschafter können allerdings gemeinschaftlich oder - wo dies ausreicht - durch Mehrheitsbeschluß auf die Einhaltung der ausschließlich in ihrem Interesse getroffenen Vertragsbestimmungen verzichten und die Bevollmächtigung des Dritten als wirksam behandeln. Ihr Mangel wird dadurch geheilt. Nachträglich kann er nicht mehr beanstandet werden.

zu richten.¹⁾

Eine formlose Vollmacht - wie sie grundsätzlich in § 167 Abs.2 BGB vorgesehen ist - kann allerdings zu Unsicherheit und Mißtrauen führen, wenn die Bevollmächtigung wirksam gegenüber dem Dritten erfolgt. Die Mitgesellschafter sind in diesem Falle nicht einmal in der Lage, sich darüber zu vergewissern, ob der Dritte tatsächlich wirksam bevollmächtigt worden ist oder nicht. Das Gesetz kennt zwar von der Formfreiheit der Vollmacht Ausnahmen. Für das Gesellschaftsrecht ist auf die §§ 47 Abs.3 GmbHG und 134 Abs.3 Satz 2 AktG hinzuweisen, nach denen Vollmachten zur Ausübung des gesellschaftlichen Stimmrechts schriftlich erteilt werden müssen. Diese Vorschriften können aber wegen der ihnen zugrunde liegenden andersartigen Interessenlage nicht zu einer entsprechenden Anwendung herangezogen werden.²⁾

Die Gesellschafter haben jedoch die Möglichkeit, die Wirksamkeit der Stimmrechtsvollmacht von einer bestimmten Form (z.B. Schriftform) abhängig zu machen. Der Verstoß gegen eine entsprechende Vorschrift des Gesellschaftsvertrages führt (im Zweifel) zur Nichtigkeit der Bevollmächtigung (§ 125 Satz 2 BGB). Wird der Beauftragte dennoch tätig, so handelt er als Vertreter ohne Vertretungsmacht.³⁾

1) Steht die Geschäftsführung allen oder mehreren Gesellschaftern zu, dann ergibt sich aus § 115 Abs.1, 1. Halbsatz HGB, daß die Vollmacht bereits wirksam erteilt ist, wenn die Erklärung nur einem Geschäftsführer zugeht. Der Widerspruch eines anderen geschäftsführenden Gesellschafter kann den Zugang nicht hindern. Bei Gesamtgeschäftsführung (§ 115 Abs.2 HGB) genügt in entsprechender Anwendung des § 125 Abs.2 Satz 3 HGB ebenfalls der Zugang der Bevollmächtigungserklärung bei einem geschäftsführenden Gesellschafter.

2) Vgl. oben S.45 ff.

3) Hierzu vgl. unten S.98 ff.

Sieht dagegen der Gesellschaftsvertrag für die Vollmacht keine besondere Form vor, so bleibt es bei der allgemeinen Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches, nach der die Erteilung einer Stimmrechtsvollmacht formlos gültig ist.

Es fragt sich, ob durch eine Anwendung des § 174 BGB die hiermit verbundenen Unzuträglichkeiten vermieden werden können. Nach dieser Vorschrift kann ein einseitiges Rechtsgeschäft des Bevollmächtigten vom Adressaten als rechtsunverbindlich zurückgewiesen werden, wenn ihm die Vollmacht nicht durch Vorlage einer Vollmachtsurkunde oder direkte Mitteilung des Vollmachtgebers nachgewiesen wird. Zweifelhaft kann sein, ob es sich bei der Stimmabgabe um ein einseitiges Rechtsgeschäft im Sinne des § 174 BGB handelt. Die Stimmabgabe ist zwar eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung.¹⁾ Als solche ist sie jedoch unselbständiger Teil eines mehrseitigen Rechtsgeschäfts, des Beschlusses, der die einzelnen Stimmen zu einem einheitlichen Vorgang zusammenfaßt. Erst dieser erzeugt die beabsichtigte Rechtswirkung. Gegen eine unmittelbare Anwendung des § 174 BGB auf die Stimmabgabe bei der oHG bestehen somit Bedenken. Es ist jedoch zu prüfen, ob nicht zumindest eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift in Betracht kommt.

Die in den §§ 164 ff. BGB vorgenommene Unterscheidung zwischen Verträgen und einseitigen Rechtsgeschäften verfolgt den Sinn, es dem Erklärungsadressaten bei einseitigen Rechtsgeschäften zu ermöglichen, klare Verhältnisse zu schaffen (vgl. die §§ 174, 180 BGB). Bei Verträgen besteht dafür kein Bedürfnis, da es ihm hier frei steht, ob er sich mit einem Bevollmächtigten einlassen will oder nicht. Auch die Gesellschafter können ein Zusammenwirken mit dem Bevollmächtigten ablehnen, indem sie die beabsichtigte Be-

1) Das ist allgemein anerkannt; vgl. Hueck, oHG-Recht, S.179 f.; Enn.-Nipperdey § 146 IV; Zöllner S.10 Nr.29, alle mit zahlreichen Nachweisungen

schlußfassung überhaupt unterlassen. Das würde jedoch zu einem für die Tätigkeit der Gesellschaft untragbaren Ergebnis führen, insbesondere in Fällen, in denen eilige Angelegenheiten anstehen oder der vertretene Gesellschafter längere Zeit verhindert ist. Dem Bedürfnis nach klaren Verhältnissen wäre demgegenüber ausreichend Rechnung getragen, wenn die Gesellschafter, wie es das Gesetz für einseitige Rechtsgeschäfte vorsieht, den Nachweis über das Bestehen einer wirksamen Stimmrechtsvollmacht verlangen könnten, entweder durch Vorlage einer Urkunde oder durch direkte Mitteilung des vertretenen Gesellschafters. Wenn man weiter bedenkt, daß die Stimmabgabe manche Ähnlichkeit mit einem selbständigen einseitigen Rechtsgeschäft aufweist (wie diesem steht z.B. auch ihr keine andere Erklärung gegenüber), dann erscheint eine entsprechende Anwendung des § 174 BGB gerechtfertigt.¹⁾ Das hat zur Folge, daß, falls nicht der Fall des § 174 Satz 2 BGB vorliegt, jeder Gesellschafter berechtigt ist, die Vorlage einer Vollmachtsurkunde zu verlangen. Ist der Bevollmächtigte hierzu nicht in der Lage, weil er sie nicht bei sich führt oder der Vollmachtgeber es unterlassen hat, eine auszustellen, so ist er auf Verlangen auch nur eines der Gesellschafter mit seiner Stimmabgabe unverzüglich zurückzuweisen. Nimmt der Vertreter an der Abstimmung dennoch teil, so ist seine Stimme - trotz gültiger Vollmacht - unwirksam.²⁾

So wie die Gesellschafter zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet sind, überhaupt einen Nachweis der Bevollmächtigung zu verlangen, können sie auch auf eine Zurückweisung verzichten, wenn der Vertreter zur Vorlage einer Urkunde nicht imstande ist. Es geht hierbei um Ermessensfragen, die von der gesellschaftsrechtlichen Treue

1) Vgl. Wiedemann S.360 (zu § 180 BGB)

2) Die Folgen richten sich nach der Bedeutung, die der Einzelstimme für den Beschluß zukommt. Hierzu vgl. Hueck, oHG-Recht, S.183

pflicht bestimmt werden. Gegen diese kann es verstoßen, wenn ein Gesellschafter auf der Vorlage einer Vollmachtsurkunde besteht, obwohl die Wirksamkeit einer Vollmacht offensichtlich ist. Im allgemeinen wird jedoch eine Ausübung der sich aus § 174 BGB ergebenden Rechte nicht mißbräuchlich sein.

Wird in einer Gesellschaft, bei deren Beschlüssen die Mitwirkung aller Gesellschafter erforderlich ist, ein Vertreter zurückgewiesen, so ist die Gesellschafterversammlung beschlußunfähig. Der vertretene Gesellschafter muß für den der Gesellschaft hierdurch möglicherweise entstehenden Schaden aufkommen, wenn er es in einer gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verstoßenden Weise schuldhaft unterlassen hat, eine Vollmachtsurkunde auszustellen. Auch das Verschulden seines Vertreters, der eine vorhandene Urkunde nicht vorlegt und deshalb zurückgewiesen wird, muß er sich zu rechnen lassen (§ 278 BGB).

II. Konkurrierende Erklärungen des Bevollmächtigten und des vertretenen Gesellschafters

Die Übertragung eines Rechts hat einen Wechsel des Rechtsinhabers zur Folge. Bei einer Bevollmächtigung zur Rechtsausübung verbleibt dagegen die volle Rechtssubstanz dem Vertretenen. Dem Bevollmächtigten wird lediglich eine Ausübungsbefugnis eingeräumt, die in der Regel neben die des Vollmachtgebers tritt.¹⁾ Das gilt auch für die Stimmrechtsvollmacht. Sie läßt die Stellung des Vertretenen als Gesellschafter unangetastet und hindert ihn nicht, das Stimmrecht selbst auszuüben. Wie bei jeder Bevollmächtigung besteht daher auch hier die Möglichkeit, daß sowohl der Vertreter als auch der Vertretene tätig werden. Die Fälle einer doppelten Stimmabgabe werden allerdings nicht häufig auftreten. Immerhin ist denkbar, daß der Gesellschafter und der Bevollmächtigte - z.B. bei einer brief-

1) Vgl. Hirsch S.174 ff. Ausnahmsweise kommt auch eine sog. "verdrängende" Vollmacht in Betracht. Vgl. dazu unten S.102 ff.

lichen Stimmabgabe - gleichzeitig oder nacheinander dieselben oder voneinander abweichende Erklärungen abgeben. Die Gefahr hierfür ist am größten, wenn der Vertreter umfassende Vollmachten besitzt.

Zunächst ist eine zeitliche Begrenzung zu beachten. Ist die beschlossene Maßnahme bereits ausgeführt, so ist eine Rückkehr in das Abstimmungsstadium nicht mehr möglich. Der Widerruf einer früheren Stimmabgabe oder eine erneute Ausübung des Stimmrechts sind daher rechtsunwirksam. Entsprechendes gilt, wenn ein Beschluß unmittelbar Rechtswirkungen erzeugt, also nicht besonders ausgeführt werden muß. Das kann z.B. bei Änderungen des Gesellschaftsvertrages der Fall sein. Hier vermag nur ein neuer Beschluß zu helfen.¹⁾

Ist ein Beschluß noch nicht durchgeführt, so steht der Berücksichtigung weiterer Stimmerklärungen grundsätzlich nichts im Wege, es sei denn der Gesellschaftsvertrag enthält besondere Bestimmungen über die Art und Weise der Stimmrechtsausübung und beschränkt sie beispielsweise auf die Gesellschafterversammlung, auf der eine doppelte Stimmabgabe der hier fraglichen Art kaum praktisch werden dürfte. Von diesen Fällen abgesehen stellt sich im übrigen die Frage, wie die Konkurrenz zwischen den beiden Stimmerklärungen zu lösen ist.

Bei konkurrierendem Verhalten des Vertreters und des Vertretenen geht man von der Überlegung aus, daß die Willenserklärung des Vertreters unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt, als ob dieser die Erklärung selbst abgegeben hätte. Die Vertreterhandlung wird damit als gleichwertiges Surrogat der Eigenhandlung angesehen. Die Konkurrenzfrage sei daher so zu lösen, als wären beide Handlungen vom Vertretenen vorgenommen worden.²⁾ Die Behandlung konkurri-

1) Vgl. Hueck, oHG-Recht, S.165

2) So Riezler, AcP 98,387 f.; vgl. ferner Planck § 167 Anm.7b

render Verfügungen und obligatorischer Geschäfte mag damit zu richtigen Ergebnissen gelangen.¹⁾ Fraglich erscheint jedoch, ob auch das Problem einer doppelten Stimmabgabe auf die gleiche Weise befriedigend zu lösen ist.

Rechnet man dem Gesellschafter beide Stimmabgaben zu, so ist in der zweiten Erklärung ein Widerruf der ersten zu erblicken.²⁾ Folgt die Stimmabgabe des Gesellschafters der des Vertreters nach, so gilt hiernach die Erklärung des Bevollmächtigten als widerrufen. Dieses Ergebnis erscheint gerechtfertigt, weil durch den Widerruf der wahre Wille des Gesellschafters wirksam geworden ist. Was soll aber gelten, wenn umgekehrt erst der Gesellschafter und dann der Vertreter abstimmt? Soll auch in diesem Falle die zweite Erklärung die frühere widerrufen? Behandelt man die Erklärung des Vertreters wiederum wie eine eigene des Gesellschafters, so wäre das konsequenterweise zu bejahen. Das führte jedoch zu dem wenig einleuchtenden Ergebnis, daß die Willensäußerung eines Gesellschafters durch die nachfolgende eines Außenstehenden verdrängt werden könnte. Dies entspräche weder den Interessen der Gesellschaft noch denen des vertretenen Gesellschafters. Im Hinblick auf die hervorragende Bedeutung, die der persönlichen Stimmrechtsausübung durch den Gesellschafter zukommt, ist dieser nach den Grundsätzen der Gesellschaftstreue darüber hinaus sogar verpflichtet, bei Wegfall des wichtigen Grundes das Vollmachtsverhältnis unverzüglich zu beenden. In einer eigenen Stimmrechtsausübung wird man daher regelmäßig einen Widerruf der Vollmacht erblicken können, der - sofern sich nicht ausnahmsweise aus dem der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnis etwas anderes ergibt - jederzeit zulässig ist (§ 168 BGB) und sich zumindest auf die Geschäfte erstreckt, die der Gesellschafter nunmehr durch eigenes Handeln erledigt hat.

1) Vgl. Riezler, AcP 98, 388 ff., 397 ff.

2) Ein solcher Widerruf ist grundsätzlich zulässig; vgl. Hueck, oHG-Recht, S. 164 f.

Für ein konkurrierendes Verhältnis des Gesellschafters und des Vertreters bei der Ausübung des Stimmrechts läßt sich somit der allgemeine Rechtssatz aufstellen, daß im Falle konkurrierender Stimmabgaben allein die Erklärung des Gesellschafters zu berücksichtigen ist.

III. Der Inhalt des Stimmrechts bestimmt den Umfang der Ausübungsbefugnis des Bevollmächtigten

Der Dritte erhält durch die Bestellung zum Bevollmächtigten die Befugnis, das der Substanz nach regelmäßig weiterhin dem Gesellschafter zustehende Stimmrecht auszuüben. Er darf für den Gesellschafter an der Abstimmung teilnehmen und dessen Willensentscheidung durch eine eigene ersetzen. Im Rahmen seiner Vertretungsmacht ist er befugt, sich wie der von ihm vertretene Gesellschafter zu verhalten. Für diesen bedeutet andererseits das Tätigwerden des Bevollmächtigten eine praktische Verwirklichung seines Rechts, an der er sonst gehindert wäre. Die Überlassung eines Rechts zur Ausübung ist demnach nur eine "andere Art der Selbstausübung".¹⁾

Die Ausübungsbefugnis (des bevollmächtigten Dritten) und das zugrunde liegende Recht stehen somit in engem Zusammenhang. Der Inhalt des Rechts bestimmt Art und Umfang seiner Ausübung. Der zur Ausübung Bevollmächtigte ist deshalb wie der Vertretene an die Grenzen des Rechts gebunden.²⁾

Für die Wahrnehmung des gesellschaftlichen Stimmrechts durch einen Vertreter hat das folgende Konsequenzen: Ist ein Gesellschafter von der Stimmabgabe ausgeschlossen, so kann auch kein Bevollmächtigter das Stimmrecht ausüben. Eine Mitwirkung des Gesellschafters darf nicht durch die Tätigkeit eines Beauftragten erschlichen

1) Zitelmann, AcP 99,68; vgl. auch Hirsch S.26 ff.; L.Zander S.21

2) Vgl. Zitelmann, AcP 99,68 ff.; Hirsch aaO

werden.¹⁾ Die Gründe, die den Gesellschafter - und damit auch seinen Vertreter - von der Stimmabgabe ausschließen, können unterschiedlicher Art sein. Hervorzuheben sind insbesondere die Stimmverbote, beispielsweise in Fällen, in denen über eine Entlastung des Gesellschafters oder seine Befreiung von einer Verbindlichkeit abgestimmt werden soll.²⁾ Stimmverbote ergeben sich mittelbar auch aus dem Gesetz: In den Fällen der §§ 113 Abs.2, 117, 127, 140, 141 HGB ist der Gesellschafter, gegen den sich der Beschluß richtet, von der Abstimmung ausgeschlossen.³⁾ Darüber hinaus kann auch der Gesellschaftsvertrag die Ausübung des Stimmrechts in mannigfacher Weise einschränken.⁴⁾ So können bestimmte Abstimmungsgegenstände der Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung entzogen und anderen Organen übertragen werden.⁵⁾ Oder die Ausübungsbefugnis wird an eine bestimmte Mindestbeteiligung gebunden.⁶⁾ Die Befugnis zur Stimmabgabe kann schließlich für den Fall versagt werden, daß in der Person des Gesellschafters bestimmte Umstände eintreten oder der Gesellschafter bestimmte Eigenschaften nicht aufweist. Die Zulässigkeit der Stimmrechtsausübung wird beispielsweise an ein bestimmtes Alter, an die deutsche Staatsangehörigkeit oder an den erfolgreichen Abschluß einer bestimmten Ausbildung geknüpft.⁷⁾ In allen diesen Fällen ist der Gesellschafter von der Stimmabgabe ausgeschlossen. Eine Stimmrechtsausübung ist daher auch nicht durch einen Bevollmächtigten möglich.⁸⁾ Dessen Befugnisse können nicht weiter gehen als

1) Vgl. Wiedemann S.354

2) Vgl. hierzu und zu weiteren Stimmverboten Hueck, oHG-Recht, S.170 und Zöllner S.145 ff., insbesondere S.188 ff. mit weiteren Nachweisungen.

3) Vgl. Zöllner S.149

4) Vgl. hierzu Hueck, oHG-Recht, S.169

5) Vgl. Zöllner, S.102 ff.

6) Vgl. Zöllner, S.127 ff.

7) Vgl. Zöllner, S.129 f.

8) Vgl. Zöllner, S.272

die des Gesellschafters. Unerheblich ist es, ob etwa der Vertreter die Voraussetzungen erfüllt, deren Fehlen es dem Gesellschafter nicht gestatten, das Stimmrecht auszuüben, ob er also im Gegensatz zum Gesellschafter die deutsche Staatsangehörigkeit oder die erforderliche Ausbildung besitzt.

IV. Die Stimmabgabe eines Vertreters ohne Vertretungsmacht

Besonderer Überlegung bedürfen noch die Fälle der vollmachtlosen Stimmrechtsausübung. Sie sind uns bereits in zahlreichen Gestaltungen begegnet. Zunächst ist es möglich, daß eine Bevollmächtigung überhaupt nicht erteilt wurde oder daß sie von Anfang an unwirksam war. So kann die Bevollmächtigung wegen eines Verstoßes gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht oder wegen Verletzung vertraglicher Formvorschriften unwirksam sein. Oder sie ist wegen einer durch den Vollmachtgeber erfolgten Anfechtung nichtig. Es kann ferner der Fall eintreten, daß der Bevollmächtigte die Grenzen seiner Vertretungsmacht überschreitet. Sein gesamtes Verhalten bleibt dann von der Vollmacht ungedeckt, wenn nicht ausnahmsweise die Vorschrift des § 139 BGB eingreift.

Die Folgen einer vollmachtlosen Vertretung sind in den §§ 177 ff. BGB geregelt. Das Gesetz differenziert auch hier zwischen Verträgen und einseitigen Rechtsgeschäften. Bereits in anderem Zusammenhang hatten wir gesehen, daß sich Beschluß und Stimmabgabe nicht ohne Schwierigkeiten in diese Kategorien einordnen lassen. Der Beschluß ist zwar ein mehrseitiges Rechtsgeschäft, aber wegen seiner gleichläufigen Erklärungen kein Vertrag. Die einzelne Stimmabgabe ähnelt dagegen in manchem dem einseitigen Rechtsgeschäft. Für eine Anwendung der hierfür aufgestellten Regeln hatten wir uns daher entschieden, als es um die Frage der Anwendbarkeit des § 174 BGB ging. Allein diese Lösung entsprach den Erfordernissen der Gesellschaftspraxis. Entsprechendes muß konsequenterweise

auch hier gelten. Wollte man die vollmachtlose Stimmabgabe den Vertragsbestimmungen (§§ 177-179 BGB) unterwerfen, so wäre sie schwebend unwirksam. Die Gesellschaft wäre damit allen Unzuträglichkeiten ausgesetzt, welche die bis zur Entscheidung des "vertretenen" Gesellschafters über die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung bestehende Ungewißheit notwendig mit sich bringt, ein für die Gesellschaftsarbeit gewiß schwer erträglicher Zustand. Die Behandlung der Stimmabgabe als einseitiges Rechtsgeschäft schafft demgegenüber von vornherein klare Verhältnisse. Eine vollmachtlose Stimmabgabe ist gemäß § 180 Satz 1 BGB unzulässig. Ausnahmen gelten nur dann, wenn die Gesellschafter die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Stimmabgabe nicht bestritten oder sie damit einverstanden sind, daß der Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt. In diesen beiden Fällen finden die Vorschriften über Verträge (§§ 177-179 BGB) entsprechende Anwendung (§ 180 Satz 2 BGB).¹⁾

Ein Dritter, der im Namen eines Gesellschafters dessen Stimmrecht ausüben will, behauptet damit gleichzeitig, entsprechende Vertretungsmacht zu besitzen. Trifft das nicht zu, so können ihn die Mitgesellschafter zurückweisen, selbst dann, wenn der Dritte zwar eine Vollmachtsurkunde vorlegt, die Mitgesellschafter aber vom Mangel der Vertretungsmacht Kenntnis haben.²⁾ Stimmt der Dritte dennoch mit ab, so ist seine Erklärung nichtig.³⁾ Ein späteres Wirksamwerden (etwa durch Genehmigung) ist ausgeschlossen. Der angeblich Vertretene muß die Stimmabgabe selbst nachholen (gegebenenfalls auch durch einen nun wirksam Bevollmächtigten). Eine nachträgliche Genehmigung des vollmachtlosen Handelns wird man ebenfalls als Neuvernahme ansehen können.

1) Für eine Anwendbarkeit des § 180 BGB auch Wiedemann S.360

2) Der Fall des § 172 BGB liegt hier nicht vor (§ 173 BGB). Legt der Dritte keine Vollmachtsurkunde vor, so können ihn die Mitgesellschafter schon aus § 174 BGB zurückweisen.

3) Vgl. Staud.-Coing § 180 Anm.2, Enn.-Nipperdey § 183 II

Ist der Dritte zur Stimmrechtsausübung bevollmächtigt, überschreitet er jedoch die Grenzen seiner Vertretungsmacht, so ist im Falle seiner Zurückweisung grundsätzlich sein gesamtes Handeln ebenfalls nichtig. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Rechtsgeschäfte des Vertreters teilbar sind und anzunehmen ist, daß die Mitgesellschafter den von der Vollmacht gedeckten Teil unbeanstandet gelassen haben würden (§ 139 BGB).¹⁾ Das wird z.B. der Fall sein, wenn der Dritte zur Stimmabgabe in der Angelegenheit A, nicht aber in der Angelegenheit B bevollmächtigt ist, trotzdem aber beide Male an der Abstimmung teilnimmt.

Lassen jedoch die Gesellschafter die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht unbeanstandet und weisen sie ihn auch nicht wegen fehlender Vollmachtsurkunde zurück (§ 174 BGB), so treten die Rechtsfolgen der §§ 177-179 BGB ein. Die Stimmerklärung des Vertreters ist hiernach zunächst schwebend unwirksam. Der Eintritt der Wirksamkeit hängt von der Genehmigung des vertretenen Gesellschafters ab. Diesen können die Mitgesellschafter auffordern, sich binnen zwei Wochen zu erklären. Nach Ablauf der Frist ist eine Genehmigung ausgeschlossen. Wird sie nicht erteilt, so haftet der Vertreter nach den Bestimmungen des § 179 BGB.

Die Regelungen der §§ 177-179 BGB greifen auch dann ein, wenn die Mitgesellschafter damit einverstanden waren, daß der Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt. Das Einverständnis braucht zwar nicht ausdrücklich erklärt zu werden, muß sich aber einwandfrei aus den Umständen ergeben.²⁾ Es kann im übrigen nur dann vorliegen, wenn die Mitgesellschafter den Mangel der Vertretungsmacht kennen. Hieraus ergibt sich als weitere Folge, daß der Vertreter

1) Zur Anwendung des § 139 BGB in diesem Zusammenhang vgl. Enn.-Nipperdey § 183 I 4; Staud.-Coing §§ 177, 178 Anm. 2; Erman-H. Westermann § 177 Anm. 1

2) Vgl. Staud.-Coing § 180 Anm. 4

im Falle einer Verweigerung der Genehmigung von einer Haftung verschont bleibt (§ 179 Abs.3 Satz 1 BGB).

G Die unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht

Die Frage der Zulässigkeit einer unwiderruflich erteilten Stimmrechtsvollmacht hat im Gesellschaftsrecht besondere Bedeutung erlangt, weil diese Rechtsfigur die Möglichkeit bietet, speziellen Interessenlagen gerecht zu werden. Auch bei der oHG taucht das Problem immer wieder auf, ohne daß bisher eine in allen Teilen befriedigende Lösung erzielt werden konnte. Da schon die allgemeine Regelung der unwiderruflichen Vollmacht in manchen Punkten zu Zweifeln Anlaß gibt, soll in der gebotenen Kürze zunächst auf sie eingegangen werden, um eine Ausgangsbasis für die sich anschließenden Überlegungen zur Stimmrechtsvollmacht zu schaffen.

I. Zur allgemeinen Regelung der unwiderruflichen Vollmacht

Die Erteilung einer Vollmacht kann grundsätzlich frei widerrufen werden. Es ist jedoch auch zulässig, die Widerruflichkeit für bestimmte Zeit oder für dauernd zu beschränken oder völlig auszuschließen. Das folgt aus § 168 Satz 2 BGB, nach dem die Vollmacht bei Fortbestehen des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses nur dann widerrufen werden kann, wenn sich aus diesem nichts anderes ergibt.¹⁾ Eine Vollmacht wird insbesondere dann unwiderruflich sein, wenn sie nach dem Innenverhältnis nicht (ausschließlich) im Interesse des Machtgebers, sondern (auch) im Interesse des Bevollmächtigten selbst oder eines Dritten erteilt worden ist.²⁾³⁾

-
- 1) Zu den heute überholten Gegenmeinungen vgl. Müller-Freienfels S.110 ff. und Fischer, GmbH-Rdsch 1952,114
 - 2) Vgl. Staud-Coing § 168 Anm.12a; Kuhn in BGB-RGRK § 168 Anm.4; Schultze-v.Lasaulx in Soergel-Siebert § 168 Anm.22; Erman-H.Westermann § 168 Anm.11; Palandt-Heinrichs § 168 Anm.2; RGZ 109,333; KG HRR 1934 Nr.2; ferner RGZ 52,99; 53,419; 90,400; RG Warn.1918 Nr. 50; JW 1932,1548; KG JFG 1,318; OLG Jena SeuffA 68 Nr.145
 - 3) Das Fremdinteresse wird teilweise sogar als Wirksamkeitsvoraussetzung der unwiderruflichen Vollmacht angesehen; so Wiedemann S.363; Enn.-Nipperdey § 186 IV 2c

Die Existenz eines Grundverhältnisses ist jedoch nicht Voraussetzung. Auch eine isolierte Vollmacht kann unwiderruflich sein. Immer aber muß die Unwiderruflichkeit - ausdrücklich oder stillschweigend - vereinbart werden, da ein einseitiger Verzicht des Vollmachtgebers unverbindlich wäre.¹⁾ Da die Vollmacht gemäß § 167 Abs.1 BGB gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder gegenüber dem Dritten erteilt werden kann, so kann auch die Vereinbarung der Unwiderruflichkeit sowohl mit dem einen als auch mit dem anderen getroffen werden.²⁾

Eine unwiderufliche Vollmacht darf freilich nicht zu einer übermäßigen Bindung des Vertretenen führen. So kann eine Generalvollmacht nur widerruflich erteilt werden.³⁾⁴⁾ Ebenso ist eine unwiderrufliche Vollmacht nach § 138 BGB nichtig, wenn sie die wirtschaftliche Handlungsfähigkeit des Vertretenen in sittlich anstößiger Weise einengt.⁵⁾ In allen Fällen kann eine Bevollmächtigung jedenfalls immer dann widerrufen werden, wenn der Vollmachtgeber hierzu einen wichtigen Grund hat.⁶⁾

-
- 1) So die h.M.; vgl. Staud.-Coing § 168 Anm.12a; Kuhn in BGB-RGRK § 168 Anm.4; Schultze-v.Lasaulx in Soergel-Siebert § 168 Anm.23; Palandt-Heinrichs § 168 Anm.2; Lehmann-Hübner § 36 V 5c; Rosenberg S.909; RGZ 62,337; 109,333; RG JW 1932,1548; Gruch. 69,218; KG HRR 1934 Nr.2; a.A. von Tuhr § 85 VII 4; Enn.-Nipperdey § 186 Nr.15; Erman-H.Westermann § 168 Anm.11
 - 2) Vgl. Rosenberg S.910
 - 3) Vgl. Staud.-Coing aaO; Erman-H.Westermann § 168 Anm.13; Schultze-v.Lasaulx in Soergel-Siebert § 168 Anm.26; von Tuhr § 85 VII 4 Nr. 209; Enn.-Nipperdey § 186 IV 2b; Lehmann-Hübner aaO; RG Warn.1912 Nr.413; KG JFG 1,318; KGJ 47,150; Hamburg OLG 24,267
 - 4) Eine Ausnahme wird teilweise für eine Generalvollmacht auf kurze Zeit anerkannt. Vgl. Erman-H.Westermann aaO; Hilderscheid, DNotZ 1938,482 ff.; auch Palandt-Heinrichs aaO; RGZ 62,337
 - 5) Vgl. Erman-H.Westermann aaO; Schultze-v.Lasaulx in Soergel-Siebert § 168 Anm.28; RG HRR 1932 Nr.931; OLG Jena SeuffA 68 Nr.145
 - 6) Ganz h.A.: vgl. Staud.-Coing aaO; Erman-H.Westermann § 168 Anm.12; Kuhn in BGB-RGRK aaO; Schultze-v.Lasaulx in Soergel-Siebert § 168 Anm.29; Palandt-Heinrichs aaO; Enn.-Nipperdey § 186 IV 2c; Scholz, SJZ 1949,6; ders., JR 1958,17; OLG Königsberg HRR 1937 Nr.1575; Celle NdsRpfl. 1961,180

Die Unwiderruflichkeit der Vollmacht wirkt nicht nur "obligatorisch", sondern "dinglich".¹⁾ Ein vertragswidrig vorgenommener Widerruf hat daher keine Wirkungen.²⁾ Der Bevollmächtigte bleibt zur Vertretung befugt und kann weiterhin wirksam für den Vertretenen handeln. Dieser ist andererseits durch die von ihm unwiderruflich erteilte Vollmacht nicht gehindert, selbst tätig zu werden. Wie bei der gewöhnlichen Vollmacht sind Vertreter und Vertretener nebeneinander zuständig.³⁾ Im Falle einer im Interesse des Bevollmächtigten erteilten unwiderruflichen Vollmacht kann es aber zu Unzuträglichkeiten führen, wenn der Vollmachtgeber jederzeit in der Lage ist, mit eigenen Handlungen dazwischenzutreten. Es stellt sich daher die Frage, ob der Vollmachtgeber neben dem Widerruf auch auf seine Zuständigkeit mit "dinglicher" Wirkung verzichten kann. Eine solche die Befugnisse des Vertretenen "verdrängende" Vollmacht ist insbesondere im Hinblick auf § 137 BGB, der eine dinglich wirkende Bindung der Verfügungsmacht verhindern will, unzulässig.⁴⁾ Dagegen wird eine bloß schuldrechtliche Verpflichtung des Vollmachtgebers, im Rahmen der dem Bevollmächtigten eingeräumten Vertretungsbefugnisse untätig zu bleiben, grundsätzlich nicht zu beanstanden sein, wenn sich die Verpflichtung in engen Grenzen hält und sich beispielsweise nur auf ein bestimmtes

1) Müller-Freienfels S.109; Rosenberg S.910 f.

2) Rosenberg (aaO) folgert das aus der Vorschrift des § 176 Abs.3 BGB. Die Kraftloserklärung durch öffentliche Bekanntmachung erfülle die Funktion des Widerrufs und habe dieselbe Wirkung wie er. Die genannte Bestimmung habe deshalb eine über ihren Wortlaut hinausgehende Bedeutung für jeden Widerruf einer Vollmacht die durch das Grundverhältnis für unwiderruflich erklärt sei.

3) Vgl. Müller-Freienfels S.122 f.; H.P.Westermann S.413,417

4) So die h.L. und Rspr.; vgl. Staud.-Coing § 168 Anm.12b; Schultz v.Lasaulx in Soergel-Siebert § 168 Anm.30; Scholz, JR 1958,17; Teichmann S.225; auch Wiedemann S.283 ff. und Huber S.52; BGHZ 20,363 ff.(366); a.A. vor allem Müller-Freienfels S.124 ff. und H.P.Westermann S.421 ff.

Recht bezieht.¹⁾ Zuwiderhandlungen sind danach zwar wirksam, können aber im Verhältnis zum Bevollmächtigten zu obligatorischen Ansprüchen, insbesondere Schadensersatzansprüchen führen.

II. Zur Interessenlage bei der unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht

1. Im folgenden soll nun auf den besonderen Fall einer unwiderruflich erteilten Stimmrechtsvollmacht eingegangen werden. Es fragt sich, ob sich aus der Tatsache, daß die Vollmacht nicht wie sonst frei widerrufen werden kann, sondern - für bestimmte Zeit oder für dauernd - unwiderruflich erteilt worden ist, gegenüber der oben behandelten gewöhnlichen Stimmrechtsvollmacht Besonderheiten ergeben. Zur Verdeutlichung der Interessenlage seien zunächst einige Beispiele wiedergegeben:

a) Der Gläubiger X hat gegen den Gesellschafter A der oHG A & Co. eine private Forderung. A verpfändet daraufhin dem X seinen Gesellschafteranteil.²⁾ Da hierdurch die Mitverwaltungsrechte nicht auf den Pfandgläubiger übergehen, erteilt A dem X zu dessen Sicherheit bis zur endgültigen Tilgung der Forderung gleichzeitig eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht. X erscheint auf der nächsten Gesellschafterversammlung, legt eine entsprechende Vollmachtsurkunde vor und will an der Abstimmung über die zur Beschlußfassung anstehenden Gesellschaftsangelegenheiten teilnehmen. Können ihn die Mitgesellschafter zurückweisen? Bei unseren Überlegungen zur allgemeinen Stimmrechtsvollmacht waren wir zu dem Ergebnis gelangt, daß bei fehlendem Einverständnis der Mitgesellschafter die Bevollmächtigung eines Dritten nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zulässig ist. Zu diesem Resultat wird man möglicherweise auch hier kommen. Ein Abwägen der beiderseitigen Zumutbarkeit wird jedoch

1) Vgl. Staud.-Coing § 168 Anm.12b; H.P.Westermann S.413,418

2) Zur Zulässigkeit vgl. Wiedemann S.423; Palandt-Degenhart § 1274 Anm.3; Palandt-Thomas § 719 Anm.2b

auf eine Berücksichtigung der der Unwiderruflichkeitsklausel zugrunde liegenden besonderen Interessenlage nicht verzichten können.

b) Der Gesellschafter A möchte sich wegen seines hohen Alters und seiner Gebrechlichkeit aus dem Geschäftsleben zurückziehen. Er beauftragt seinen Sohn X, der nach dem Tode des A ohnehin in dessen Gesellschafterstellung einrücken soll, zur Weiterführung der Geschäfte. X soll insbesondere das gesellschaftliche Stimmrecht des A ausüben. Um seine Position innerhalb der Gesellschaft schon jetzt so stark wie möglich zu gestalten, erteilt ihm A für dauernd eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht. Ist sie wirksam? Die Unterschiede zum vorhergehenden Fall liegen auf der Hand. Zwar wird der Sohn X ebensowenig wie der Pfandgläubiger durch die Unwiderruflichkeit der Vollmacht zum Gesellschafter. Beide bleiben Gesellschaftsfremde. Ihre Verbundenheit mit den Gesellschaftsinteressen weicht jedoch erheblich voneinander ab. Der Sohn X wird im Hinblick auf seine spätere Gesellschafterstellung regelmäßig in weit höherem Maße auf die Belange der Gesellschaft Rücksicht nehmen als der Pfandgläubiger. Möglicherweise liegt hier eine Situation vor, in der das Interesse der Gesellschaft am Fernhalten Dritter auch vor der Unwiderruflichkeit der Vollmacht zurücktreten muß. Dabei wird auch zu beachten sein, daß hier einer der Fälle gegeben ist, in denen wir einen wichtigen Grund zur Hinzuziehung eines Stimmrechtsbevollmächtigten anerkannt hatten. Fraglich ist aber, ob davon auch die Unwiderruflichkeitsklausel gedeckt wird.

c) Die in Geschäften völlig unerfahrene Witwe B ist durch den Tod ihres Ehemannes, des Gesellschafters C, unerwartet Gesellschafterin geworden. Sie ist nicht in der Lage, an den Abstimmungen über Gesellschaftsangelegenheiten sachgerecht teilzunehmen. Sie möchte daher einen Bevollmächtigten mit der Ausübung des ihr zustehenden

Stimmrechts beauftragen. Die Mitgesellschafter sind einverstanden. Um es jedoch stets mit demselben Vertreter zu tun zu haben, vereinbaren sie mit der B, die Vollmacht unwiderruflich zu erteilen. Das geschieht auch. Bestehen gegen die Wirksamkeit der Bevollmächtigung Bedenken? Die sich aus einer Unwiderruflichkeitsklausel für die Gesellschaft ergebenden Gefahren scheinen hier beseitigt, da die Gesellschafter selbst ihr Einverständnis erklärt haben.

2. Die Beispielsfälle machen deutlich, daß der unwiderruflich erteilten Stimmrechtsvollmacht jeweils eine besondere Interessenlage zugrunde liegt.¹⁾ Die gewöhnliche Bevollmächtigung gestattet es dem Gesellschafter, das Stimmrecht durch einen Beauftragten auszuüben. Es wird ihm hierdurch die Möglichkeit gegeben, seine Interessen bei der Abstimmung auf der Gesellschafterversammlung durch einen Dritten wahrzunehmen. Die Verbindung der Stimmrechtsausübung mit dem Willen des vertretenen Gesellschafters bleibt erhalten. Es liegt echte Repräsentation vor.²⁾ Die Unwiderruflichkeit einer Stimmrechtsvollmacht zerreißt diesen Zusammenhang. Sie verzichtet auf das "Erfordernis der Gegenwärtigkeit des Mitwollens des Vertretenen"³⁾ und erkennt stattdessen die Interessen eines gesellschaftsfremden Bevollmächtigten oder eines Dritten (etwa der Gesellschafter selbst) an.⁴⁾ Der Vertreter handelt damit zwar in Zuständigkeit des Vertretenen, aber nicht oder nicht ausschließlich in dessen Interesse.⁵⁾

Diese Interessenverteilung ist in ihrer Grundstruktur bei jeder unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht vorhanden. Im konkreten Einzelfall können jedoch die Gewichte verschieden verteilt sein.

1) Zur Interessenlage vgl. auch Huber S.52 f.

2) Vgl. Fischer, GmbH-Rdsch 1952,115

3) Müller-Freienfels S.110

4) Vgl. Fischer aaO

5) Vgl. Müller-Freienfels S.114

So war im ersten Beispielfall schon die bloße Vollmacht ausschließlich im Interesse des Pfandgläubigers erteilt worden. Es war von vornherein beabsichtigt, daß der Vertreter mit seinem Handeln für den Gesellschafter in Wahrheit nur eigene Zwecke verfolgt. Die zusätzlich vereinbarte Unwiderruflichkeit der Vollmacht sollte die Stellung des Dritten gegenüber Gesellschaft und vertretenen Gesellschafter weiter festigen, ihn insbesondere von dessen Willen unabhängig machen. Die Gefahr des Eindringens gesellschaftsfremder Interessen ist hier besonders stark, jedenfalls stärker als im zweiten Beispielfall, in dem die Erteilung der Stimmrechtsvollmacht zumindest auch im Interesse des vertretenen Gesellschafters liegt. Im Unterschied zum ersten Fall steht hier auch die Unwiderruflichkeitsklausel nicht in demselben Maße den Gesellschaftsinteressen entgegen. Das gilt erst recht im dritten Beispielfall, in dem sich die Unwiderruflichkeitsklausel mit dem Gesellschaftsinteresse deckt.

Diese unterschiedlichen Interessenlagen machen deutlich, daß die Frage nach der Zulässigkeit einer unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht nicht allgemein mit einem Ja oder Nein beantwortet werden kann. Wie bei der gewöhnlichen Stimmrechtsvollmacht sind auch hier Kriterien zu suchen, nach denen im Einzelfall zu entscheiden ist. Zunächst soll jedoch geprüft werden, welche Lösungen Rechtsprechung und Lehre anbieten.

III. Rechtsprechung und Lehre zur unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht

1. Die Rechtsprechung hat die unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht die in einer Personalgesellschaft erteilt worden ist, bisher nur wenig behandelt. In dem bereits zitierten Urteil vom 10.11.1951¹⁾

1) BGHZ 3,354 ff. (vgl. oben S.29)

hat der Bundesgerichtshof einen Fall entschieden, in dem ein Gesellschafter einem Mitgesellschafter eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht unter gleichzeitigem eigenen Stimmrechtsverzicht erteilt hatte. Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, daß Stimmrechtsverzicht und Unwiderruflichkeitsklausel nur den Sinn haben könnten, dem eigentlichen Rechtsträger die Möglichkeit der Stimmrechtsausübung zu nehmen und sie ausschließlich und ohne zeitliche Beschränkung dem Bevollmächtigten einzuräumen. Nach Zweck und praktischer Wirkung stelle sich die Vereinbarung als eine Stimmrechtsabtretung dar und es seien deshalb die hierfür geltenden Rechtsgrundsätze anzuwenden. Die "Bevollmächtigung" sei daher nichtig. Einer näheren Erörterung der Zulässigkeit eines solchen Stimmrechtsverzichts bedürfe es bei dieser Rechtslage nicht; u.U. könne der Verzicht lediglich als eine schuldrechtliche Verpflichtung des Vertretenen gegenüber dem Vertreter angesehen werden. Unerheblich sei es, daß die Parteien nicht die Rechtsform der Abtretung gewählt hätten, da die vorliegende Vereinbarung und eine Abtretung so ähnliche Wirkungen hätten, "daß nur bei einer rein formalen Beurteilung dieser Zusammenhang außer acht gelassen und allein der gewählten Rechtsform die ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werden könnte".¹⁾²⁾

In die gleiche Richtung geht auch die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 14.5.1956.³⁾ In dem zugrunde liegenden Fall hatten die Erben des Komplementärs einer Kommanditgesellschaft einen Mitgesellschafter bevollmächtigt, sie "immer" gemeinschaftlich zu vertreten. Diese Vereinbarung wurde in einer besonderen Vorschrift

1) BGHZ 3,359

2) Diese Entscheidung hat im Schrifttum mit Recht ganz allgemein Zustimmung gefunden. Vgl. z.B. Baumbach-Duden § 119 Anm.2 E; Bandasch § 119 Anm.1; Schlegelberger-Geßler § 119 Anm.1; Schultze-v.Lasaulx in Soergel-Siebert § 717 Anm.6; Nitschke S.286 Nr.54; Teichmann S.225; Hueck, oHG-Recht, S.166; ders., JZ 1952,115 f.; Fischer, Anm.zu BGH LM Nr.1 zu § 105 HGB; ders., GmbH-Rdsch 1952,113; Weipert, JR 1954,60; Heitzer, GmbH-Rdsch 1952,132

3) BGHZ 20,363 ff.

des Gesellschaftsvertrages niedergelegt. Der Bundesgerichtshof wandte auf diesen Fall die in der Entscheidung vom 10.11.1951¹⁾ entwickelten Rechtsgrundsätze an. Der eigentliche Sinn der Vereinbarung über die Stimmrechtsausübung bestehe darin, die Inhaber des Stimmrechts von dessen Ausübung dauernd auszuschließen und sie dem Bevollmächtigten "immer" zu gewährleisten. Es liege demnach keine "gewöhnliche" Stimmrechtsvollmacht, sondern eine über das Vollmachtsrecht hinausgehende Abspaltung des Stimmrechts von dem Gesellschaftsanteil vor. Die Stimmrechtsvereinbarung sei als Übertragung anzusehen und deshalb unwirksam.²⁾

Der Bundesgerichtshof prüft in beiden Entscheidungen die Gültigkeit von Stimmrechtsvereinbarungen, die gleichsam zwischen der "gewöhnlichen" Vollmacht und der endgültigen Abtretung liegen, nicht nach formalen Gesichtspunkten. Es kommt ihm nicht entscheidend darauf an, welche Rechtsform gewählt wurde: ob die nach seiner Ansicht unter bestimmten Voraussetzungen zulässige Bevollmächtigung oder die unzulässige Stimmrechtsabtretung. Allein ausschlaggebend soll sein, welchen Sinn die Beteiligten der getroffenen Vereinbarung beigelegt haben. Zielt sie ihrer praktischen Auswirkung nach auf eine Stimmrechtsübertragung ab, so ist sie nichtig, auch wenn die Mitgesellschafter der Vereinbarung ausdrücklich zugestimmt haben oder der Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Bestimmung enthält. Eine Grenze, an der die Gesellschafter den Boden der normalen Bevollmächtigung verlassen und die Dispositionsbefugnis über das Stimmrecht verlieren, hat das Gericht mit der Entscheidung lediglich zweier Einzelfälle allerdings nicht ziehen können.

Beide Urteile berühren nicht die logisch vorangehende Frage, ob eine Stimmrechtsvollmacht im Hinblick auf die besonderen Gegeben-

1) BGHZ 3,354 ff.

2) BGHZ 20,365; vgl. auch BGH BB 1970,187

heiten des Gesellschaftsrechts überhaupt unwiderruflich erteilt werden kann. Es liegt jedoch der Gedanke nahe, daß die Zulässigkeit stillschweigend vorausgesetzt wird. Warum hätte sich das Gericht sonst auf die schwierigeren Probleme der Gesetzesumgehung einlassen sollen? Die Entscheidungen behandeln auch lediglich die sog. verdrängende Vollmacht. Die Beteiligten hatten jeweils vereinbart, daß das Stimmrecht fortan nur noch vom Vertreter, aber nicht mehr vom Vertretenen ausgeübt werden soll. Der Bundesgerichtshof stellt bei der Beurteilung dieser Vereinbarung allein darauf ab, daß die gewünschte Rechtswirkung jeweils einer vollen Rechtsabtretung gleichkommt. Auf die Regelung des § 137 BGB geht er nicht ein. Er läßt in der ersten Entscheidung auch unerörtert, ob sich ein Verzicht auf die Stimmrechtsausübung nicht als eine - möglicherweise zulässige - schuldrechtliche Verpflichtung des vertretenen Gesellschafters zum Unterlassen aufrechterhalten ließe, deren Verletzung nur im Verhältnis zum Bevollmächtigten rechtliche Folgen haben könnte. Das Gericht sah hierzu offenbar keinen Anlaß, da der Zweck der Vereinbarung in der Sache eindeutig auf einen dauernden Wechsel des Rechtsträgers gerichtet war. In einer Entscheidung vom 15.12.1969¹⁾ hat er nunmehr aber auch die bloße schuldrechtliche Stimmrechtsbindung als unwirksam angesehen, da sie einer Stimmrechtsabtretung so nahe komme, daß die hierfür entwickelten Rechtsgrundsätze anzuwenden seien.

2. Das Schrifttum beschränkt sich im wesentlichen darauf, der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10.11.1951²⁾ ohne weitere Kommentierung zuzustimmen.³⁾ Nur einige Auffassungen treten besonders hervor:

a) Huber⁴⁾ vertritt die Auffassung, die Erteilung einer unwider-

1) BB 1970, 187

2) BGHZ 3, 354 ff.

3) Vgl. oben S.109 Nr.2

4) S.53

zuflichen Stimmrechtsvollmacht scheitere an den Eigentümlichkeiten des Willensbildungsprozesses in der Personalgesellschaft. Da die unwiderrufliche Vollmacht keinen privativen, verdrängenden Charakter habe, könne der vertretene Gesellschafter das Stimmrecht weiterhin in Konkurrenz zu seinem Vertreter ausüben. Im Konfliktsfalle sei die Stimmabgabe des Vertreters ungültig, die des vertretenen Gesellschafters gültig. Der Gesellschafter könne also stets die Stimmabgabe des Bevollmächtigten durch eine konkurrierende Stimmabgabe durchkreuzen. Der Bevollmächtigte sei demzufolge auch dann nicht mehr in der Lage, eine gültige Stimme abzugeben, wenn der vertretene Gesellschafter seinen Mitgesellschaftern ein für alle Mal mitteile, daß er mit künftigen Stimmabgaben seines Vertreters bei Gesellschafterbeschlüssen nicht einverstanden sei. Die Vollmacht, die der Gesellschafter einem anderen hinsichtlich der Stimmabgabe erteile, sei daher notwendigerweise stets wider-
ruflich.

Die Möglichkeit des Vollmachtgebers, auch im Falle einer unwiderruflich erteilten Stimmrechtsvollmacht das Stimmrecht selbst auszuüben, schränkt zwar den tatsächlichen Anwendungsbereich einer unwiderruflichen Stimmrechtsbevollmächtigung ein. Die Auffassung Hubers, daß deswegen die Erteilung einer unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht letztlich überhaupt scheitere, vermag jedoch nicht zu überzeugen.

Der Vollmachtgeber kann zwar im Einzelfall von dem ihm im vollen Umfang verbliebenen Stimmrecht Gebrauch machen. Die dem Bevollmächtigten eingeräumte Rechtsmacht wird hierdurch jedoch für künftige Abstimmungen nicht geschmälert. Auch eine Erklärung des vertretenen Gesellschafters, daß er mit künftigen Stimmabgaben seines Vertreters nicht einverstanden sei, kann hieran nichts ändern. Diese Erklärung stellt in Wahrheit einen Widerruf der Bevollmächtigung dar. Ein solcher ist aber anerkanntermaßen nur aus

wichtigem Grunde wirksam.¹⁾ Darüber hinaus sind Fallgestaltungen möglich, bei denen eine unwiderruflich erteilte Stimmrechtsvollmacht der gegebenen Interessenlage entspricht, obwohl der vertretene Gesellschafter die Befugnis zur persönlichen Stimmrechtsausübung behält.²⁾

b) Auch H.P.Westermann³⁾ mißt einer unwiderruflich erteilten Stimmrechtsvollmacht trotz der Möglichkeit eigenen Handelns des vertretenen Gesellschafters erheblichen praktischen Wert bei. Die unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht ähne weder der (unzulässigen) Abtretung eines Rechts noch führe sie generell zu einer wirtschaftlichen Selbstentmündigung des Vollmachtgebers. Da jedoch die unwiderrufliche Vollmacht auf der Anerkennung eines gesellschaftsfremden Interesses beruhe, hänge ihre Zulässigkeit vom Einverständnis der Gesellschafter ab. Wenn der Bevollmächtigte die ihm zugewiesene Rechtsmacht mißbrauche, könnten die Gesellschafter den vertretenen Gesellschafter zum Widerruf der Vollmacht zwingen. Die Interessen der Gesellschaft seien damit gewahrt.⁴⁾

Die Bedenken gegen die Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten in der Personalgesellschaft dürften in der Tat auch bei einer unwiderruflich erteilten Vollmacht zurücktreten, wenn die Mitgesellschafter dieser Bevollmächtigung zugestimmt haben. Auf die Frage, ob eine solche Bevollmächtigung ausnahmsweise auch ohne Einverständnis der Mitgesellschafter zulässig sein kann, geht H.P.Westermann allerdings nicht ein. Zutreffend ist, daß die Mitgesellschafter ihre zur Ausgabe der unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht erteilte Zustimmung widerrufen können. Da jedoch eine unwiderrufliche Vollmacht nur aus wichtigem Grunde widerrufen werden kann und die Mitgesellschafter durch ihre Zustimmung hieran

1) Vgl. oben S.103

2) Hierzu vgl. oben S.105 ff.

3) S.413,415

4) S.416

gebunden sind, kann auch ein Widerruf der Zustimmung nur unter dieser Voraussetzung in Betracht kommen. Insoweit ist daher der Gedankengang H.P.Westermanns zu ergänzen. Ein Mißbrauch der Vertretungsmacht durch den Bevollmächtigten wird allerdings regelmäßig als ein wichtiger Grund zum Widerruf der Vollmacht anzusehen sein.

c) A.Hueck¹⁾ billigt zunächst die vom Bundesgerichtshof zur unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht mit gleichzeitigem Verzicht auf die eigene Ausübung vertretene Ansicht, führt dann aber weiter aus, daß die unwiderrufliche Vollmacht, wenn man sie "an sich" für zulässig ansehen wollte, in ihrer praktischen Auswirkung für die Gesellschaft eine ähnliche Wirkung haben würde wie die Vollabtretung eines Anteils, da sie einem Fremden die volle Ausübung des Stimmrechts, also eines der wichtigsten Verwaltungsrechte möglich machen würde. Da die Vinkulierung der Anteile aber gerade verhindern wolle, daß ein der Gesellschaft nicht genehmer Fremder auf die internen Gesellschaftsverhältnisse Einfluß gewinnen könne, müsse man auch für die unwiderrufliche Vollmacht zum mindesten eine Genehmigung der Gesellschaft fordern.

Aus den Ausführungen Huecks ergibt sich nicht eindeutig, ob nun eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht grundsätzlich zulässig sein soll oder nicht. Wenn Hueck einen Vergleich mit der Vollabtretung eines "Anteils" zieht, so meint er damit offenbar die Übertragung der gesamten Mitgliedschaft, da sich aus anderem Zusammenhang ergibt, daß Hueck eine Übertragung des Anteils am Gesellschaftsvermögen ohne gleichzeitige Mitübertragung der ganzen Mitgliedschaft für unzulässig hält.²⁾ Es erscheint jedoch fraglich, ob einer unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht tatsächlich ähnliche praktische Wirkungen zukommen wie der Übertragung der

1) Anm. zum Urteil des BGH vom 10.11.1951 in JZ 1952, 115 f.

2) Vgl. JZ 1952, 115; oHG-Recht, S.218, 395 f.

ganzen Mitgliedschaft. Diese hat einen Wechsel des Rechtssubjekts zur Folge, jene schafft nur eine zusätzliche Befugnis, die zwar unwiderruflich ist, dem Vertretenen aber die volle Rechtszuständigkeit beläßt. Die Vollmacht kann bei Vorliegen eines wichtigen Grundes rückgängig gemacht werden. Ein Mitgliederwechsel im allgemeinen nicht. Dem vertretenen Gesellschafter verbleiben schließlich neben den anderen Mitverwaltungsrechten auch die mit der Mitgliedschaft verbundenen Genußrechte. Teilt man diese Zweifel, so wird man auch der Schlußfolgerung Huecks nicht beitreten können.¹⁾

d) Nach Wiedemann²⁾ ist eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht unwirksam, da bei der Personengesellschaft das Mitgliedschaftsrecht nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter übertragbar sei. In dieser Bindung komme das rechtlich anerkannte Bedürfnis zum Ausdruck, in einer Gesellschaft das Eindringen fremder Personen und damit anderer Interessen zu verhindern. Bei einem unwiderruflich Bevollmächtigten sei zu vermuten, daß er die Rechtsmacht zu seinen Gunsten ausnutzen werde. Bereits durch die schuldrechtliche Verpflichtung zur Ausgabe einer unwiderruflichen Vollmacht verletze daher der Gesellschafter seine mitgliedschaftliche Treuepflicht. Bei diesen Ausführungen bleibt zunächst unklar, ob Wiedemann seine Bedenken zurückstellen will, wenn die Mitgesellschafter einer unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht zustimmen. Das wird man wohl annehmen dürfen, da Wiedemann fortfährt, der Umweg über die unwiderrufliche Vollmacht könne nicht dazu führen, daß ohne Einverständnis der Gesellschaft fremde Personen ihre Zwecke und

1) Entsprechendes gilt für einen Vergleich der unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht mit einer Stimmrechtsabtretung. Die rechtliche Verschiedenheit gestattet es hier ebenfalls nicht, aus dem Verbot der Stimmrechtsabtretung auch ein Verbot der unwiderruflichen Vollmacht zu schließen. Eine andere Beurteilung ist allerdings mit der Rechtsprechung des BGH dann erforderlich, wenn die unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht in Wahrheit auf eine Rechtsabtretung abzielt. Hierzu vgl. oben S.108 ff.

2) S.361 ff.(363)

Interessen durchsetzten und die Willensbildung und Geschehnisse der Gesellschaft womöglich entscheidend beeinflussen. In späterem Zusammenhang fügt Wiedemann einen weiteren Gedanken hinzu.¹⁾ In der offenen Handelsgesellschaft scheide die unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht auch deshalb aus, weil der Gesellschafter selbst vor ihr geschützt werden müsse. Ein unwiderruflich bestellter Vertreter im Stimmrecht hätte eine unbegrenzte Verpflichtungsmacht zu Lasten des Betroffenen in Händen. Diese könne durch Parteiwillkür nicht begründet werden. Eine unwiderrufliche Verpflichtungsvollmacht - wie sie hier in Frage stehe - sei nur wirksam, wenn der Auftraggeber die sich aus der Vollmacht im Höchstfall ergebenden Belastungen vorhersehen könne. Ihr gegenständlicher Umfang müsse bekannt sein oder sich wenigstens aus den Umständen ergeben.²⁾

Beginnen wir mit dem letzten Argument. Zunächst erscheint zweifelhaft, ob es sich bei der Stimmrechtsvollmacht um eine Verpflichtungsvollmacht im Sinne Wiedemanns handelt. Dabei ist zu bedenken, daß der Vertreter keine Geschäfte abschließt, die den betroffenen Gesellschafter unmittelbar vermögensrechtlich verpflichten. Er wirkt - wie die übrigen Gesellschafter - lediglich bei dem Zustandekommen von Beschlüssen mit, deren Ausführung erst zur Verpflichtung der Gesellschaft führt.³⁾ Im übrigen wird in den meisten Fällen die unwiderruflich erteilte Stimmrechtsvollmacht gegenständlich und zeitlich begrenzt sein. Auch reicht die Unwiderruflichkeit jeweils nur soweit, als die Vollmacht der Durchführung des Grundgeschäfts zu dienen bestimmt ist und der mit der Unwider-

1) S. 364/365

2) S. 325

3) So jedenfalls bei der Abstimmung über allgemeine Gesellschaftsangelegenheiten. Zur Mitwirkung bei Beschlußfassungen, die die Grundlagen der Gesellschaft betreffen, wird der Vertreter ohnehin nicht ermächtigt sein.

ruflichkeit verbundene Zweck es erfordert.¹⁾ Geht der Vertreter darüber hinaus, so kann ein wichtiger Grund zum Widerruf der Vollmacht gegeben sein. Wenn Wiedemann die unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht nur im Falle der Vorhersehbarkeit der durch die Tätigkeit des Vertreters zu erwartenden Belastungen zulassen will, so zieht er die Grenze zu eng. Wollte man mit dieser Einschränkung Ernst machen, so käme eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht nur dann in Betracht, wenn die weiteren Auswirkungen der beabsichtigten Beschlüsse bereits vor der Abstimmung im einzelnen zu übersehen sind. Damit wäre die unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht praktisch wertlos.

Die übrigen Ausführungen Wiedemanns ähneln weitgehend denen Huecks. Wie dieser folgert er aus dem der Vinkulierung der Mitgliedschaft innewohnenden Sinn, daß ohne Zustimmung der Gesellschafter auch gegen eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht Bedenken bestehen. Es fragt sich aber auch hier, ob trotz des zwischen beiden bestehenden Unterschieds eine gleiche rechtliche Beurteilung gerechtfertigt ist. Wiedemann weist zur Begründung auf die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht hin, ohne allerdings hierauf näher einzugehen. Mit dem Gedanken der Treuepflicht ist jedoch ein Gesichtspunkt angesprochen, den wir für den Fall einer widerruflich erteilten Stimmrechtsvollmacht als besonders bedeutsam erkannt hatten. Es wird zu prüfen sein, ob er auch hier zu verwerten ist.²⁾

1) Vgl. Erman-H.Westermann § 168 Anm.11

2) Zur unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht vgl. ferner Fischer, Anm.zu BGH IM Nr.1 zu § 105 HGB; ders., GmbH-Rdsch 1952,112 ff.; Schlegelberger-Geßler § 119 Anm.1; Teichmann S.225 f.

IV. Zur Zulässigkeit der unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht

1. Bei der widerruflich ausgegebenen Stimmrechtsvollmacht waren wir von dem Gedanken der gegenseitigen gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ausgegangen. Unter ihrer Berücksichtigung hatten wir die beiderseitigen Interessen abgewogen und so die Frage beantwortet, wem im konkreten Fall die Zurückstellung seiner Interessen zumutbar ist, ob dem betroffenen einzelnen Gesellschafter oder den Mitgesellschaftern. Fiel diese Abwägung zugunsten des vollmachtgebenden Gesellschafters aus, so hatten wir die Bevollmächtigung eines Dritten zur Ausübung des gesellschaftlichen Stimmrechts wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes als zulässig anerkannt.

Legt man diese Gedanken auch der Beurteilung einer unwiderruflich erteilten Stimmrechtsvollmacht zugrunde, so ist zunächst festzustellen, daß durch sie die Belange der Gesellschaft noch stärker gefährdet werden als durch eine gewöhnliche Vollmacht. Während diese regelmäßig dem Zweck dient, dem Willen des vertretenen Gesellschafters Geltung zu verschaffen, ist die Unwiderruflichkeitsklausel in besonderem Maße dazu geeignet, gesellschaftsfremde Interessen eindringen zu lassen. Im Gegensatz zur widerruflichen Vollmacht kann der Gesellschafter dem unwiderruflich Bevollmächtigten keine Weisungen erteilen und ihn vorzeitig nur unter erschwerten Voraussetzungen "entmachten". Die Verbindung zwischen dem Willen des Gesellschafters und der tatsächlichen Rechtsausübung durch den Bevollmächtigten ist aufgehoben. Die hierin liegende besondere Gefährdung des Gesellschaftsfriedens und der unge störten Verfolgung des Gesellschaftszwecks führt deshalb (erst recht) auch hier zu dem Ergebnis, daß eine unwiderruflich erteilte Stimmrechtsvollmacht im allgemeinen gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verstößt und damit unwirksam ist.¹⁾

1) Vgl. Wiedemann S.363

Es fragt sich jedoch, ob - parallel zur widerruflichen Vollmacht - bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auch die unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht zulässig ist. Bei der widerruflichen Bevollmächtigung waren wir zu dem Ergebnis gelangt, daß in bestimmten Fallgestaltungen das Interesse der Gesellschaft am Fernhalten Dritter zurücktreten muß und der betroffene Gesellschafter befugt ist, einen Stellvertreter hinzuzuziehen. Als typische Beispiele hatten wir Hinderungsgründe wie Krankheit, Unerfahrenheit und Abwesenheit kennengelernt. Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob derartige Gründe allein genügen, um auch die unwiderrufliche Erteilung einer Stimmrechtsvollmacht zu rechtfertigen. Bedenken bestehen vor allem wegen der der Unwiderruflichkeitsklausel zugrunde liegenden besonderen Interessenlage. Während es bei der gewöhnlichen Vollmacht darum ging, einem verhinderten Gesellschafter die Möglichkeit zu geben, an den Beschlußfassungen der Gesellschaft weiter mitzuwirken, steht hier das Problem im Vordergrund, einem Nichtgesellschafter eine dauernde (zusätzliche) Stimmrechtsbefugnis zu verschaffen, die zumindest nicht ausschließlich im Interesse des Vertretenen liegt. Ist beispielsweise ein Gesellschafter längere Zeit durch Krankheit verhindert, so mag es richtig sein, ihm die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten zu gestatten. Im Hinblick auf das Gebot, die Interessen der Gesellschaft nur in dem unbedingt notwendigen Ausmaß zu gefährden, erscheint es in diesem Falle aber nicht zulässig, die Vollmacht unwiderruflich zu erteilen. Die Unfähigkeit eines Gesellschafters, selbst an der Abstimmung mitzuwirken, verlangt nicht, daß dem Dritten eine dauernde Ausübungsbefugnis eingeräumt wird.

Es gibt jedoch Situationen, bei denen die Frage auftaucht, ob in bestimmten Fällen nicht auch eine unwiderruflich ausgegebene Stimmrechtsvollmacht als zulässig angesehen werden muß. So ist in dem oben erwähnten ersten Beispiel der Gesellschafter A durchaus

daran interessiert, seinem Gläubiger X eine - wenn auch zeitlich begrenzte - unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht zu erteilen. Ein solches Interesse hat der Gesellschafter A auch in dem zweiten Beispiel, in dem er wegen seiner körperlichen Hinfälligkeit seinem Sohn schon jetzt eine möglichst starke Stellung innerhalb der Gesellschaft einräumen will.

Was allerdings das erste Beispiel betrifft, so ist bei seiner Beurteilung davon auszugehen, daß hier einer jener Fälle vorliegt, in denen die Unwiderruflichkeit der Vollmacht geradezu darauf angelegt ist, gesellschaftsfremde Interessen zu fördern. Der Pfandgläubiger will mit der Stimmrechtsausübung lediglich eigene Ziele verfolgen. Auf die Belange der Gesellschaft braucht er keine Rücksicht zu nehmen. Vom Willen des vertretenen Gesellschafters ist er unabhängig. Wenn dieser dennoch die Absicht hat, den X unwiderruflich zur Stimmrechtsausübung zu bevollmächtigen, so nur deshalb weil er durch dessen Forderung in Bedrängnis geraten ist und er zur Vermeidung weiterer gegen ihn gerichteter Maßnahmen dem X auf diese Weise Sicherheit leisten will. Eine unter diesen Umständen erteilte unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht ist den übrigen Gesellschaftern jedoch nicht zumutbar. Sie brauchen nicht hinzunehmen, daß ein Gesellschafter zur Bereinigung seiner privaten Verpflichtungen einem Dritten eine unwiderrufliche Befugnis zur Stimmrechtsausübung einräumt. Ein wichtiger Grund, bei dessen Vorliegen auch eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht zulässig ist, liegt deshalb nicht vor. Eine dennoch erteilte Vollmacht ist wegen Verstoßes gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht unwirksam.

Anders verhält es sich möglicherweise im zweiten Beispiel. Zwar ist der Sohn X als Vertreter des Gesellschafters A auch hier gegenüber den anderen Gesellschaftern rechtlich weder an den Willen des Vertretenen noch an den Gesellschaftszweck gebunden. Es kommt je-

doch der Umstand hinzu, daß eine Stimmrechtsausübung durch X bereits im gegenwärtigen Zeitpunkt lediglich den Zustand (teilweise) vorwegnimmt, der nach dem Willen der Gesellschafter später ohnehin eintreten soll. Der Gesellschafter A ist hieran wegen seines hohen Alters und seiner Gebrechlichkeit interessiert. Auf eine gewöhnliche Stimmrechtsvollmacht möchte er sich nicht beschränken, da er dem X schon jetzt eine gegenüber den anderen Gesellschaftern möglichst feste Position geben will. Das Interesse der Gesellschaft am Fernhalten Dritter fällt demgegenüber nicht entscheidend ins Gewicht. Die Gefahr, X werde die ihm eingeräumte Machtbefugnis mißbrauchen, wird regelmäßig nicht größer sein als bei einer Rechtsausübung durch den vertretenen Gesellschafter selbst. Eine unwiderrufliche Erteilung der Stimmrechtsvollmacht ist deshalb den übrigen Gesellschaftern zumutbar und ihre Zulässigkeit daher in diesem Falle anzuerkennen.

Ausschlaggebender Gesichtspunkt dieser Überlegung ist wiederum die beiderseitige Interessenlage. Der bevollmächtigende Gesellschafter ist zwar auf eine Unwiderruflichkeit der Vollmacht nicht angewiesen, um am Leben der Gesellschaft überhaupt weiter teilnehmen zu können. Hat er jedoch - wie in dem erwähnten Beispielsfall - einen triftigen Anlaß und ist andererseits den Mitgesellschaftern eine unwiderrufliche Erteilung der Stimmrechtsvollmacht zumutbar, so liegt ein "wichtiger Grund" vor, der hier nicht nur die Bevollmächtigung eines Dritten überhaupt, sondern auch die Ausstattung der Vollmacht mit einer Unwiderruflichkeitsklausel rechtfertigt. Derartige Fälle wird es allerdings nur selten geben. In aller Regel wird den Mitgesellschaftern eine unwiderruflich erteilte Stimmrechtsvollmacht nicht zumutbar sein. An der Zumutbarkeit wird es insbesondere dann fehlen, wenn der Grund für die beabsichtigte Unwiderruflichkeit der Vollmacht außerhalb der Gesellschaftssphäre liegt oder die Bevollmächtigung von vornherein darauf ausgerichtet

ist, gesellschaftsfremden Interessen zu dienen.

2. Bei der widerruflich erteilten Stimmrechtsvollmacht waren wir ferner zu dem Ergebnis gelangt, daß bei Zustimmung der Gesellschafter die Bevollmächtigung zulässig ist, da unter diesen Umständen eine mögliche Gefährdung der Gesellschaftsinteressen nicht ins Gewicht fällt. Das gilt auch für die unwiderruflich erteilte Stimmrechtsvollmacht. Sie berührt zwar - wie wir bereits gesehen haben - die Belange der Gesellschaft in stärkerem Maße als die gewöhnliche Vollmacht, da das Eindringen eines unwiderruflich bevollmächtigten Dritten in die Gesellschaftssphäre nachhaltiger und die Gefahr, daß dieser der Gesellschaft schädliche Fremdinteressen verfolgt, noch größer ist. Geben jedoch die Gesellschafter - allgemein im Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluß im Einzelfall - ihr Einverständnis, daß eine Vollmacht zur Ausübung des Stimmrechts unwiderruflich erteilt wird, so ist eine Beeinträchtigung der Gesellschaftsinteressen nicht zu besorgen und die Bevollmächtigung daher als zulässig anzusehen. Gegen die Wirksamkeit der im dritten Beispielsfall von der Witwe B im Einvernehmen mit den übrigen Gesellschaftern ausgegebenen unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht ist deshalb nichts zu erinnern.

3. Eine "verdrängende" Vollmacht mit zwingender (dinglicher) Wirkung auch gegenüber der Gesellschaft ist im Hinblick auf § 137 BGB unzulässig. Eine dennoch erteilte Vollmacht ist unwirksam.¹⁾ Wie aber ist in den Fällen zu entscheiden, in denen sich der Vertretene lediglich dem Bevollmächtigten gegenüber schuldrechtlich zur Stimmenthaltung verpflichtet? Die Regelung des § 137 BGB greift hier nicht ein (vgl. § 137 Satz 2 BGB). Man muß sich aber die praktischen Auswirkungen vergegenwärtigen. Ein Gesellschafter, der entgegen der Vereinbarung von seinem Stimmrecht Gebrauch machte, sähe sich nicht nur Unterlassungsansprüchen, sondern u.U. auch Schadens-

1) Hierzu vgl. oben S.104

ersatzforderungen gegenüber. Da dem Vertreter der Nachweis eines Schadens nur schwer gelingen wird, werden die Beteiligten auch häufig Vertragsstrafen vereinbaren, die bei Zuwiderhandlungen des Vertretenen fällig werden. Praktisch gesehen kommen damit auch bloße schuldrechtliche Vereinbarungen über einen Ausübungsverzicht einer (unzulässigen) Stimmrechtsabtretung sehr nahe. Eine unter solchen Abreden erteilte Stimmrechtsvollmacht ist deshalb grundsätzlich als unwirksam anzusehen, und zwar auch dann, wenn die Mitgesellschafter zugestimmt haben.¹⁾ Etwas anderes wird nur dann gelten können, wenn die Stimmenthaltung des Gesellschafters lediglich für eine oder mehrere ganz bestimmte Angelegenheiten vereinbart wird. Dann fehlt das für eine Abtretung typische Moment der Dauer und Endgültigkeit und die Bevollmächtigung ist bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen - Zustimmung oder wichtiger Grund - als zulässig und wirksam anzusehen.

1) Vgl. BGH BB 1970, 187; ähnlich wohl auch Fischer, Anm. zu BGH LM Nr. 1 zu § 105 HGB; zweifelnd BGHZ 3, 358

H Zusammenfassung

Die Ausübung des Stimmrechts eines Gesellschafters durch einen Bevollmächtigten in der offenen Handelsgesellschaft bewirkt ein Auseinanderfallen von Mitgliedstellung und Rechtsausübung. Diese Trennung ist im Hinblick auf die besondere Struktur des Gesellschaftsverhältnisses und die Interessen der Gesellschafter nicht unproblematisch. Die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen eine Stimmrechtsvollmacht zulässig sein soll, sind daher umstritten.

Das Gesellschaftsrecht enthält zur Frage der Stimmrechtsausübung durch einen bevollmächtigten Dritten keine ausdrückliche gesetzliche Regelung. Es ist deshalb von den allgemeinen Vorschriften der §§ 164 ff. BGB auszugehen, nach denen jedermann befugt ist, eine Willenserklärung durch einen von ihm Bevollmächtigten abgeben zu lassen. Gegen eine unbeschränkte Anwendbarkeit dieses Grundsatzes bestehen jedoch wegen der besonderen Gegebenheiten des Personalgesellschaftsrechts Bedenken. Die Unzulässigkeit der Stimmrechtsübertragung steht zwar einer bloßen Bevollmächtigung zur Rechtsausübung nicht entgegen, da es sich hierbei um zwei rechtlich verschiedene Tatbestände handelt. Die Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten hat aber Auswirkungen, die sich für das Verhältnis der Gesellschafter zueinander als nachteilig erweisen können. Hierbei ist zunächst in Betracht zu ziehen, daß das Auftreten eines Gesellschaftsfremden geeignet ist, das zwischen den Gesellschaftern regelmäßig bestehende enge Vertrauensverhältnis zu beeinträchtigen. Es ist ferner zu bedenken, daß der Dritte als Bevollmächtigter nicht in die Stellung des vertretenen Gesellschafters eintritt, also nicht an den Gesellschaftszweck gebunden ist, daß er aber dennoch durch die Vertretungsmacht in die Lage versetzt wird, wie ein Gesellschafter nicht nur die Haftung des Vertretenen, sondern auch die der übrigen Ge-

sellschafter zu beeinflussen. Derartige Auswirkungen einer Bevollmächtigung sind dem Bild der Stellvertretung, das den §§ 164 ff. BGB zugrunde liegt, fremd. Aufgrund der weiteren Erörterung gelangt man deshalb zu dem Ergebnis, daß mangels einer besonderen Vorschrift eine (verdeckte) Gesetzeslücke in dem Sinne vorliegt, daß die sich aus den §§ 164 ff. BGB ergebende allgemeine Befugnis zur Bevollmächtigung besonderen gesellschaftsrechtlichen Kriterien zu unterwerfen ist, nach denen im Einzelfall über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Stellvertretung entschieden wird.

Eine entsprechende Anwendung der einschlägigen Vorschriften des Vereins- und Genossenschaftsrechts sowie des Rechts der Aktiengesellschaft und der GmbH scheidet wegen der andersartigen Interessenlage aus. Auch die im Schikaneverbot und im Gebot der guten Sitten enthaltenen allgemeinen Schranken der Rechtsausübung erweisen sich als nur selten geeignet, die sich aus den §§ 164 ff. BGB ergebende allgemeine Befugnis zur Vertretung bei allen Rechtsgeschäften für den Bereich des gesellschaftlichen Stimmrechts zu begrenzen. Mit dem Grundsatz von Treu und Glauben, der für das Recht der Personalgesellschaften in dem Gedanken der gegenseitigen Treupflicht eine besondere Ausprägung erfahren hat, ergibt sich dagegen ein geeigneter Gesichtspunkt. Die gesellschaftsrechtliche Treupflicht verpflichtet die Gesellschafter, alles zu unterlassen, was der gemeinsamen Verfolgung des Gesellschaftszwecks zuwiderlaufen könnte. Dieser Verpflichtung unterliegt auch die Befugnis des Gesellschafters, einen Dritten zur Stimmrechtsausübung zu bevollmächtigen.

Hiervon ausgehend führen die weiteren Überlegungen zu dem Ergebnis, daß eine Bevollmächtigung zur Ausübung des Stimmrechts in der oHG nur bei Vorliegen eines "wichtigen Grundes" zulässig ist. Ein wichtiger Grund ist dann gegeben, wenn eine Abwägung der beiderseitigen Interessen unter Berücksichtigung der gesellschaftsrecht-

lichen Treuepflicht ergibt, daß einerseits den Mitgesellschaftern das Auftreten eines Dritten zumutbar, andererseits aber dem vertretenen Gesellschafter ein Verzicht auf die Hinzuziehung eines Stimmrechtsbevollmächtigten nicht mehr zumutbar ist. Eine Zusammenstellung sämtlicher Fälle, in denen das Vorliegen eines wichtigen Grundes anzuerkennen ist, läßt sich angesichts der vielfältigen Möglichkeiten nicht vornehmen. Geschäftliche Unerfahrenheit, Krankheit und Abwesenheit eines Gesellschafters erweisen sich jedoch als typische Situationen, in denen die Zulässigkeit einer Bevollmächtigung zur Stimmrechtsausübung in Betracht kommt.

Es bleiben die Fälle, in denen die Gesellschafter eigene Regelungen getroffen haben. Hierbei ergibt sich zunächst, daß eine Bevollmächtigung zur Stimmrechtsausübung dann ohne weiteres zulässig ist, wenn die Gesellschafter ihr zugestimmt haben. Sind sie dagegen die Verpflichtung eingegangen, das Stimmrecht nur persönlich auszuüben, so ist die Stimmgabe durch einen Bevollmächtigten unbeachtlich, wenn er von den Mitgesellschaftern zurückgewiesen worden ist. Die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung findet ihre Grenze an dem Gebot der guten Sitten und den Grundsätzen über den Fortfall der Geschäftsgrundlage.

Nach der Erörterung einiger Sonderprobleme zur befugten Stimmrechtsausübung durch Dritte ist schließlich die Frage nach der Zulässigkeit einer unwiderruflich erteilten Stimmrechtsvollmacht gestellt worden. Die Prüfung dieser Frage ergibt, daß die unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht ebenfalls nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zulässig ist. Der wichtige Grund muß sich hier allerdings auch auf die Unwiderruflichkeitsklausel erstrecken. Eine sog. "verdrängende" Vollmacht erweist sich dagegen als unwirksam. Das gilt grundsätzlich auch für eine bloße schuldrechtliche Verpflichtung des Gesellschafters zur Stimmenthaltung.

Literaturverzeichnis

- Bandasch, Georg: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Neuwied-Berlin-Darmstadt 1960
- Baumbach-Duden: Handelsgesetzbuch. 20.Aufl., München 1972
- Canaris, Claus-Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Berlin 1964
- Dölle, Hans: Familienrecht. 2.Band. Karlsruhe 1965
- Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. 2.Band, 1.und 2.Hälfte. 3.Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1932
- Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse. 15.Bearbeitung, Tübingen 1958
- Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 15.Aufl., Tübingen 1959 und 1960
- Erman-Westermann: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1.Band. 5.Aufl., Münster 1972
- Esser, Josef: Schuldrecht. 1.Band. 4.Aufl., Karlsruhe 1970
- Fiegle, Godehard: Die Gesellschaft. Stuttgart-München-Hannover 1955
- Fischer, Robert: Die unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht in der GmbH. GmbH-Rdsch 1952,112 ff.
- " Anmerkung zu BGH LM Nr.1 zu § 105 HGB
- Flechtheim, Ernst: Die kapitalistisch ausgestaltete Personalgesellschaft. Mannheim-Berlin-Leipzig 1934
- Gernhuber, Joachim: Lehrbuch des Familienrechts. 2.Aufl., München 1971
- Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht. 1.Band. München-Leipzig 1936, unveränderter Neudruck der 1.Aufl. Leipzig 1895
- Hämmerle, Hermann: Handelsrecht. 2.Band. 2.Aufl., Graz-Wien-Köln 1968
- Haupt-Reinhardt: Gesellschaftsrecht. 4.Aufl., Tübingen 1952
- Heins, V.: Betrachtungen zum Recht der oHG. NJW 1948,252 ff.
- Heinsheimer, Rudolf: Über die Teilhaberschaft. Heidelberg 1930
- Heitzer, J.: Beteiligung ohne Stimmrecht. GmbH-Rdsch 1952,129 ff.
- Hilderscheid, Heinz: Die unwiderrufliche Vollmacht und ihre Bedeutung für die Amtstätigkeit des Notars. DNotZ 1938, 482 ff.

- Hirsch, Hans Christoph: Die Übertragung der Rechtsausübung.
1.Teil. Berlin 1910
- Holch, Georg: Testamentsvollstreckung an einer oHG-Beteiligung?
DNotZ 1958, 282 ff.
- Huber, Ulrich: Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschafts-
anteil an Personengesellschaften des Handelsrechts.
Heidelberg 1970
- Hubmann, Heinrich: Das Persönlichkeitsrecht. 2.Aufl., Köln-Graz
1967
- Hueck, Alfred: Gesellschaftsrecht. 16.Aufl., München 1972
- " Das Recht der offenen Handelsgesellschaft. 4.Aufl.,
Berlin-New York 1971
- " Der Treuegedanke im Recht der offenen Handelsgesell-
schaft. Festschrift für Rudolf Hübner, Jena 1935,
S.72 ff.
- " Anmerkung zu BGH JZ 1952, 115 f.
- Knoke, Paul: Das Recht der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Ge-
setzbuch. Jena 1901
- Lang-Weidmüller: Genossenschaftsgesetz. 29.Aufl., Berlin-New York
1971
- Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts. 2.Band. 10.Aufl., München
1972
- " Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 2.Aufl., Berlin-
Heidelberg-New York 1969
- Lehmann-Dietz: Gesellschaftsrecht. 3.Aufl., Berlin-Frankfurt a.M.
1970
- Lehmann-Hübner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
16.Aufl., Berlin 1966
- Meyer-Meulenbergh: Genossenschaftsgesetz. 11.Aufl., München 1970
- Müller-Erbach, Rudolf: Das private Recht der Mitgliedschaft als
Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens. Weimar 1948
- Müller-Freienfels, Wolfram: Die Vertretung beim Rechtsgeschäft.
Tübingen 1955
- Nitschke, Manfred: Die körperschaftlich strukturierte Personenge-
sellschaft. Bielefeld 1970
- Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch. 31.Aufl., München 1972
- Paulick, Heinz: Das Recht der eingetragenen Genossenschaft. Karls-
ruhe 1956

- Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. und 2. Band
4. Aufl., Berlin-Leipzig 1913-1928
- Reichel, Hans: Höchstpersönliche Rechtsgeschäfte. Berlin 1931
- RGRK zum BGB: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern. 1. und 2. Band. 11. Aufl., Berlin 1959-1960
- RGRK zum HGB: Großkommentar zum Handelsgesetzbuch. Begründet von Hermann Staub, weitergeführt von Mitgliedern des Reichsgerichts. 2. Band, Teil 1, bearbeitet von Robert Fischer. 3. Aufl., Berlin 1967
- Riezler, Erwin: Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Vertreters und des Vertretenen. AcP 98, 372 ff.
- Rosenberg, Leo: Stellvertretung im Prozeß. Berlin 1908
- von Roth, Paul: System des Deutschen Privatrechts. 1. Teil. Tübingen 1880
- Schlegelberger: Handelsgesetzbuch. 2. Band, erläutert von Ernst Geßler. 4. Aufl., Berlin-Frankfurt a.M. 1965
- Schneider-Martin: Familienunternehmen und Unternehmertestament. 4. Aufl., Heidelberg 1963
- Scholz, Franz: Der wichtige Grund. SJZ 1949, 1 ff.
- " Vollmachtgeber und Bevollmächtigter in Konkurrenz.
JR 1958, 17
- Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch. 1., 2., 3. und 5. Band. 10. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967-1971
- von Staudinger, Julius: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Band, Allgemeiner Teil, erläutert von Franz Brändl und Helmut Coing. 11. Aufl., Berlin 1957
2. Band, Teil 1b: § 242 BGB, erläutert von Wilhelm Weber. 11. Aufl., Berlin 1961
2. Band, 4. Teil, Lieferung 1, Einzelne Schuldverhältnisse: §§ 705-740 BGB, erläutert von Ernst Keßler. 11. Aufl., Berlin 1958
- Steiner, Herbert: Die Offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft in der deutschen Wirtschaft. Tübingen 1950
- Teichmann, Arndt: Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen. München 1970
- von Tuhr, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 2. Band, 2. Hälfte. Berlin 1957, unveränderter Nachdruck der 1918 erschienenen 1. Auflage

- Viezens: Das Fortbestehen der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters. ZHR 35,91 ff.
- Weipert, Otto: Anmerkung zu BGH JR 1954,60
- Westermann, Harm Peter: Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften. Berlin-Heidelberg-New York 1970
- Westermann-Scherpf-Paulick-Bulla-Hackbeil: Handbuch der Personengesellschaften. Köln-Marienbourg 1967
- Wiedemann, Herbert: Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften. München-Berlin 1965
- Wieland, Karl: Handelsrecht. 1.Band. München-Leipzig 1921
- Zander, Lieselotte: Die Ausübung der Gesellschafterrechte nach BGB durch Stellvertreter. Diss.Gießen 1948
- Zitelmann, Ernst: Ausschluß der Widerrechtlichkeit. AcP 99,1 ff.
- Zöllner, Wolfgang: Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden. München-Berlin 1963

Lebenslauf

Am 18. November 1939 wurde ich als Sohn des Bankkaufmanns Richard Kurth und seiner Ehefrau Hildegard in Cottbus geboren. Von 1945 bis 1953 besuchte ich dort die Grundschule und von 1953 bis 1957 die Oberschule. Nach der Reifeprüfung siedelte ich nach Westdeutschland über. An der Ricarda-Huch-Schule in Gießen legte ich im März 1958 eine Sonderprüfung ab und erwarb damit die Berechtigung zum Studium an den Hochschulen der Bundesrepublik.

Vom Sommersemester 1958 bis zum Wintersemester 1962/63 studierte ich Rechtswissenschaft an der Philipps-Universität zu Marburg an der Lahn. Nach der Ersten Juristischen Staatsprüfung leistete ich von 1964 bis 1967 im Oberlandesgerichtsbezirk Frankfurt/Main den Vorbereitungsdienst ab, den ich mit der Zweiten Juristischen Staatsprüfung abschloß. Am 1. August 1967 trat ich in den Justizdienst des Landes Rheinland-Pfalz ein. Dort wurde ich mit Wirkung vom 1. August 1970 zum Landgerichtsrat am Landgericht Koblenz ernannt. Seit dem 16. September 1971 bin ich zum Bundesministerium der Justiz abgeordnet.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 19. Dezember 1972.

